Die einseitigen und die beiderseitigen positiven Vertragsverletzungen.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Ernst Süßmann
Referendar
in Breslau.

BRESLAU 1932
HOCHSCHUL-VERLAG BRESLAU
Druck von Karl Vater :: Breslau 5 :: Siebenhufenerstraße Nr. 11/15

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität
zu Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Anton, Die positiven Vertragsverletzungen. Diss. Erlangen. 1905.

Bartsch, Das Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen. Diss. Breslau 1905.

Brecht, System der Vertragshaftung. Ihering, J. 53, 213 ff.

Brodmann, In Ehrenbergs Handbuch für das gesamte Handelsrecht. IV, 2, S. 324.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. I, 4. Aufl. 1902.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1909.

— Ueber das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung. DJZ. 1903. S. 1 ff.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1901. Bd. 3. 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 11. Bearbeitung von Heinrich Lehmann. 2. Bd. 1930.

Erler, Bedarf es im Falle des § 326 zur Begründung des Wahlrechtes zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung des anderen Teiles? Recht 1901, S. 421 ff.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 13. Aufl. 1927.

Frankenburger, Erfüllungsverweigerung bei Handelsgeschäften, die nicht Fixgeschäfte sind, und die Rechtsprechung. Seuff Bl. 1909, S. 761 ff.

v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse. In Iherings J. 64, 355 ff.

Goldmann-Lilienthal, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches systematisch dargestellt. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.

Hangen, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung. DJZ. 1903. S. 49 ff.

Heck, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. Deutsche Juristenzeitung 1905, S. 1140 ff.

Kipp, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die positiven Vertragsverletzungen. DJZ. 1903, S. 253 ff.

Kiß, Zur Frage der positiven Vertragsverletzungen. Arch. Bürg. R. 1908, S. 175 ff.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906, Bd. 2.

Krückmann, Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. DJZ. 1905, S. 205 ff.

— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Iherings J. 59, 344 ff.

— Die positiven Vertragsverletzungen. Arch. Ziv. Prax. 101, 190 ff. und 116, 212 ff.

Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen. Arch. Ziv. Prax. 96, 60 ff.

Lesser, Das Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen. Breslau 1906.

Löwenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1928.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Aufl.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 1853.

Müller-Erzbach, Ueber das Rücktrittsrecht bei Sukzessivlieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen. DJZ. 1904, S. 1158 ff.

Niedner, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung. DJZ. 1901, 443 ff.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 3./4. Aufl. 1910, 5. Aufl. 1928.

Pagenkemper, Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten. Diss. Breslau 1905.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1907, 4. Aufl. 1914.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 2, 1900.

Remelé, Bemerkungen zu der Frage der positiven Vertragsverletzungen. Recht 1912, S. 569 ff.

Rogowski, Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schandensersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungsobligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung? Arch. Ziv. Prax. 104,303 ff.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. 2, 1928.

Schmidt, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1927.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Schöller, Nochmals der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Gruch Beitr. 45, 511 ff.

— Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung bei Kauf-, Miete-, Werk- und Dienstvertrag nach dem BGB. Gruch Beitr. 46, 1 ff.

Schulze, Findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. auch auf den aus allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes, insbesondere aus § 276 dem Käufer wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung der Kaufsache zustehenden Schadensersatzanspruch Anwendung? Arch. Bürg. R. 30, 145 ff.

Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Iherings J. 50, 182 ff.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. 1927.

Stampe, Rechtsfindung durch Konstruktion. DJZ. 1905. Seite 713 ff.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. 9. Aufl. 1930.

Staub-Müller, Die positiven Vertragsverletzungen. 1913.

Staub-Koenige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Aufl. 3. Bd. 1926.

Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1, 1923.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse. Arch. Bürg. R. 92, 68 ff.

Winter, Ueber das Recht zur Wandlung und zum Rücktritt bei Sukzessivlieferungsverträgen. Gruch Beitr. 48, 193 ff.

Zitelmann, Lücken im Recht. Leipzig 03.

Inhalts-Übersicht.

A. Einleitung 1—8

Es gibt außer den Fällen des Verzuges und der Unmöglichkeit der Leistung noch eine dritte Art von Vertragsverletzungen die sogenannten positiven Vertragsverletzungen

B.

I. Der Umfang des Begriffes „positive Vertragsverletzungen“ 8—14

Es gehören nicht zu den positiven Vertragsverletzungen die Fälle der Zuwiderhandlung gegen eine primäre Unterlassungspflicht

II. Die gesetzliche Grundlage für den Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzungen, soweit ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden in Frage steht 14—36

1. Das positive Gesetz 14
2. Die analoge Anwendung eines bestimmten Rechtsinstitutes 30
3. Allgemeine Rechtsgrundsätze 24
4. Die freie Lückenausfüllung 33

III. Die gesetzliche Grundlage für das Rücktrittsrecht und den Schadensersatzanspruch hinsichtlich des ganzen Vertrages. 36—44

1. Das positive Gesetz 36
2. Die Gesetzes- und Rechtsanalogie 37
3. Die freie Lückenausfüllung 41

IV. Die ernsthafte Erfüllungsverweigerung 44—49

C. Die beiderseitigen positiven Vertragsverletzungen 50—57

———

A. Einleitung.

Von den verschiedenen Arten von Vertragsverletzungen, welche ein Schuldner begehen kann, hat das Bürgerliche Gesetzbuch zwei große Gruppen ausdrücklich geregelt. Es sind dies die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug. Geht man zunächst davon aus, daß die vertragsmäßige Verpflichtung des Schuldners in einer positiven Leistung besteht, so bestimmt sich der Begriff der Unmöglichkeit der Leistung dahin, daß der Schuldner seine Leistung zur Zeit ihrer Fälligkeit an den Gläubiger nicht bewirkt und auch in Zukunft nicht bewirken kann. Verzug liegt vor, wenn der Schuldner seine Leistung zur Zeit ihrer Fälligkeit zwar nicht bewirkt, sie aber noch in Zukunft bewirken kann. Demnach bestehen die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug im Hinblick auf das tatsächliche Verhalten des Schuldners in etwas Negativem, der Schuldner leistet entweder überhaupt nicht oder nicht zur rechten Zeit.

Diesen äußerlich durch negatives Verhalten des Schuldners gekennzeichneten Fällen stehen solche gegenüber, in denen der Schuldner überhaupt in der Richtung der Vertragserfüllung tätig wird, ohne daß es allerdings zur vollständigen und vertragsgewollten ordnungsmäßigen Erfüllung kommt. Es sind dies Fälle, in denen der Schuldner vielleicht quantitativ, nicht aber qualitativ seinen Verpflichtungen nachkommt, so daß dem Gläubiger ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden verursacht wird. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen: Ein Kaufmann liefert feuchtes Mehl, welches bei der Vermengung einwandfreies Mehl des Käufers verdirbt; ein Pferdehändler liefert ein krankes Pferd, welches im Stalle des Käufers dessen gesunde Pferde ansteckt, so daß sie krepieren; eine Brauerei liefert fortgesetzt schlechtes Bier, so daß der Gastwirt wirtschaftliche Einbuße erleidet; ein Kaufmann stellt seinen Angestellten ein unrichtiges Zeugnis aus.

Bei diesen Fällen, in denen die Schuldner ihre Vertragspflichten schlecht erfüllt haben, handelt es sich um eine besondere, dritte Gruppe von Vertragsverletzungen. Eine Haftung für die hier entstandenen Schäden läßt sich weder

mit Hilfe der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung noch denen über den Verzug begründen, denn hier sind die Schuldner überhaupt zum Zwecke der Vertragserfüllung tätig geworden. Daß diese mit Rücksicht auf ihre Begehungsweise positive Vertragsverletzungen genannten Fälle dennoch eine Haftung nach sich ziehen und eine dogmatische Besonderheit sind, ist heute nach der grundlegenden Abhandlung Staubs[1]): „Die positiven Vertragsverletzungen“ fast allgemein anerkannt. Auch Goldmann-Lilienthal[2]) und Schöller[3]) erkennen an, daß die Schuldner in den genannten Fällen ihren Gläubigern für die Schäden haften, leugnen jedoch die Notwendigkeit der Bildung eines besonders zu behandelnden Begriffes „positive Vertragsverletzung“, da sie der Meinung sind, daß jene Fälle Fälle der Unmöglichkeit der Leistung seien.

Goldmann-Lilienthal[4]) führen aus: Die Unmöglichkeit könne alle drei Bestandteile des Leistungsbegriffes erfassen, nämlich den Gegenstand, den Ort und die Zeit der Leistung. In den hier in Rede stehenden Fällen der Schlechterfüllung liege Unmöglichkeit der Leistung hinsichtlich ihres Bestandteiles Zeit vor. Wer z. B. zur Zeit der Fälligkeit mangelhafte Ware liefere, könne nicht mehr rechtzeitig mangelfreie Ware liefern. Aus diesem Grunde sei ihm die Leistung unmöglich geworden. Verzug liege deshalb nicht vor, weil der Schuldner überhaupt in der Richtung der Vertragserfüllung tätig geworden sei.

Von diesen Ausführungen kann nur der letzte Satz als richtig anerkannt werden. Im übrigen verkennen Goldmann-Lilienthal vollständig den Begriff der Leistung, wie er seine Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuche gefunden hat. Man muß nämlich den Begriff der Leistung in zwei Gruppen einteilen: 1. was soll geleistet werden: (Gegenstand) und 2. wie soll geleistet werden: (Ort und Zeit). Verletzt der Schuldner seine Leistungspflicht hinsichtlich des Leistungsortes, liefert er also nach Berlin statt nach Breslau, so hat diese Vertragsverletzung solange keine rechtliche Bedeutung, als die Leistung nicht mehr zur Zeit ihrer Fälligkeit doch noch in Breslau erfolgen kann und erfolgt. Erscheint aber die Leistung nicht mehr zur Zeit der Fälligkeit in

1) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen.
2) Goldmann-Lilienthal I 333 ff.
3) Schöller, Gruch Beitr. 46, 27 ff.
4) I 333 ff.

Breslau, so handelt es sich um eine Vertragsverletzung hinsichtlich der Leistungszeit um Verzug. Daß die Ware nach Berlin gesandt war und infolgedessen nicht zur Zeit der Fälligkeit in Breslau geleistet wurde, erklärt nur den Grund des Verzuges, bedeutet aber darüber hinaus nichts. Es ist daher festzustellen, daß eine Vertragsverletzung hinsichtlich der Leistungsbestandteile Ort und Zeit (zweite Gruppe) sich lediglich als eine Vertragsverletzung hinsichtlich der Zeit auswirkt, Verzug ist; eine andere Folge kann die Verletzung des Zeitmomentes nicht haben.

Eine „scheinbare" Ausnahme machen lediglich die Fälle, in denen der Bestandteil Zeit zum wesentlichen Vertragsteil erhoben ist. Hier ist aber das Moment Zeit aus der zweiten Gruppe in die erste aufgestiegen, also zum wesentlichen Bestandteil des Gegenstandes der Leistung geworden. Erfolgt hier nun eine Verletzung hinsichtlich des Zeitmomentes, z. B. ein Fenster wird zur Besichtigung eines Umzuges nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt, so handelt es sich nicht um Verzug, sondern um Unmöglichkeit. M. a. W.: Unmöglichkeit der Leistung liegt nur dann vor, wenn es sich um eine Vertragsverletzung hinsichtlich des Gegenstandes der Leistung handelt, niemals aber bei einer Vertragsverletzung hinsichtlich Ort und Zeit. Danach ist die Ansicht Goldmann-Lilienthals falsch, wenn sie meinen, bei Lieferung mangelhafter Ware liege Unmöglichkeit der Leistung, und zwar hinsichtlich des Bestandteiles Zeit vor, da nun der Schuldner nicht mehr rechtzeitig vertragsmäßig liefern könne. Bei einem Verstoß gegen die Leistungszeit kann aber nur Verzug vorliegen. Diesen lehnen aber hier auch Goldmann-Lilienthal[5]) ab, weil überhaupt etwas geleistet sei.

Eine Unmöglichkeit der Leistung kann aber auch nicht hinsichtlich des Gegenstandes selbst konstruiert werden. Denn in den oben genannten Fällen ist es dem Kaufmann trotz der Mangelhaftigkeit seines Leistungsversuches immer noch möglich, einwandfreies Mehl zu liefern oder seinem Angestellten ein richtiges Zeugnis auszustellen, auch die Brauerei kann sehr wohl noch genießbares Bier liefern.

Demnach stellen Düringer-Hachenberg[6]) vollständig mit Recht fest, es liege bei obiger Konstruktion „eine Ueberspannung des rechtlichen Begriffes der Unmöglichkeit vor,

5) a. a. O.
6) III, 165; vgl. auch Remelé, Recht 1912 S. 571.

welche mit dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches und der natürlichen Auffassung der Dinge nicht mehr im Einklang stehe, auch den Anschauungen des Verkehrs und des Rechtsbewußtseins widerspreche". Goldmann-Lilienthal scheinen vollständig zu übersehen, daß lediglich das Institut des Verzuges für Verletzungen hinsichtlich des Zeitmomentes geschaffen ist. Anderenfalls, also wenn sich jede Vertragsverletzung nach den Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung ahnden ließe,. müßte man dem Gesetzgeber den Vorwurf machen, daß er mit dem Verzug ein überflüssiges und nur die Rechtswissenschaft verwirrendes Institut geschaffen habe.

Andererseits lassen sich aber auch Fälle denken, in denen eine Schlechterfüllung tatsächlich eine Unmöglichkeit der Leistung bewirkt. Wirken nämlich die Erfüllungsversuchshandlungen des Schuldners derart auf den Leistungsgegenstand ein, daß eine Leistung in vertragsmäßiger Art überhaupt nicht mehr erfolgen kann, z. B. eine Spinnerei stellt aus gelieferter Wolle Garn von geringerer als vereinbarter Stärke her oder ein Schneider verschneidet den zur Anfertigung eines Anzuges gelieferten Stoff, dann kann die Leistung zu keiner Zeit mehr bewirkt werden. Wenn nun hier die Schlechterfüllung eine echte Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, so ist das ein Zufallergebnis, welches nichts gegen die Richtigkeit des oben aufgestellten Grundsatzes beweisen kann.[7])

Aehnlich wie Goldmann-Lilienthal versucht Schöller[8]) die Fälle der positiven Vertragsverletzung auf dem Umwege über die Unmöglichkeit der Leistung zu lösen. Er meint: Neben jeder Pflicht zu einer positiven Leistung laufe eine auf eine Unterlassung gerichtete Pflicht her. Der Schuldner sei verpflichtet, jedes Tun zu unterlassen, welches den Vertragszweck gefährden oder vereiteln würde. Habe nun der Schuldner im Falle einer Schlechterfüllung gegen diese Unterlassungspflicht verstoßen, so sei ihm damit die Erfüllung dieser Unterlassungspflicht und dadurch die Vertragserfüllung überhaupt, unmöglich geworden.

Daß diese Konstruktion gekünstelt und daher falsch ist, ergibt sich auf den ersten Blick. Die von Schöller gemeinten Unterlassungspflichten sind entweder absolut sekundäre Pflichten oder solche Selbsverständlichkeiten, daß sie sich

7) ebenso Lesser S. 25.
8) Gruch-Beitr. 46, 27 ff.

von der Hauptverpflichtung zu positivem Tun gar nicht trennen lassen, vielfach direkt nur die rein sprachlich negative Fassung der Hauptverpflichtung sind. Die Konstruktion Schöllers birgt die Gefahr in sich, den Blick von der Hauptverpflichtung abzulenken, die in obigen Fällen immer noch möglich war. Ist aber die Hauptverpflichtung noch möglich, dann ist es unerheblich, ob etwa eine Nebenverpflichtung unmöglich geworden ist[9]). Nach Ansicht von Schöller müßte sonst jede Vertragsverletzung — gleich ob einer Haupt- oder Nebenverpflichtung — Unmöglichkeit der Leistung erzeugen, da Vertragsverletzungen zu unterlassen sind[10]). Schöller[11]) gibt schließlich selbst zu: Das Gesetz zwänge zu mehr oder weniger künstlichen Konstruktionen, um die rechtlichen Vorgänge in das Prokrustesbett des Gesetzestextes einzuwägen, der den Schadensersatz nur als Folge verschuldeter Verzögerung oder Unmöglichkeit der Leistung kenne. Damit hat aber Schöller selbst das Urteil über seine Theorie gesprochen.

Damit sind die wenigen, heute wohl kaum noch ernsthaft vertretenen Meinungen abgetan, welche dem besonderen Begriff „positive Vertragsverletzungen" verneinen. Die heute weitaus herrschende Lehre und Rechtsprechung sind der Ueberzeugung, daß die im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich geregelten Institute Unmöglichkeit der Leistung und Verzug den positiven Vertragsverletzungen nicht gerecht werden können. Jedoch innerhalb dieser herrschenden Meinung ist heute noch mannigfacher Streit. Es handelt sich hierbei im wesentlichen um vier Gruppen von Fragen:

1. Hinsichtlich des Begriffsumfanges:
   Gehören außer den Fällen der Schlechterfüllung auch die Fälle der Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht und der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung zu den positiven Vertragsverletzungen?
2. Hinsichtlich des Haftungsgrundes für den Anspruch auf Einzelschadensersatz:
   Ist der Haftungsgrund im Bürgerlichen Gesetzbuche direkt ausgesprochen, oder läßt er sich wenigstens mit Hilfe des Gesetzes begründen[12])?

9) Lesser S. 28.
10) Schöller, Gruch Beitr. 46, 26.
11) RG. 54, 101.
12) Worte Staubs S. 20.

3. Hinsichtlich des Haftungsgrundes für den Anspruch auf Totalschadensersatz und der Grundlage für das Recht zum Rücktritt vom ganzen Vertrage:
Kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten auch ohne Fristsetzung und Androhung?
4. Hinsichtlich der gegenseitigen Ansprüche der Vertragsparteien im Falle beiderseitiger positiver Vertragsverletzungen:
Stehen beiden Parteien wohl Schadenersatzansprüche, nicht aber auch das Rücktrittsrecht zu?

Ich versage es mir absichtlich, zu Beginn meiner Ausführungen über die Frage der Regelung der positiven Vertragsverletzungen auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs einen „historischen Ueberblick" zu geben, etwa dahin, in welcher Weise das Römische Recht, das alte Deutsche Recht, das Allgemeine Landrecht, der Code civil, das BGB. für das Königreich Sachsen und das alte Handelsgesetzbuch die einzelnen damals erkannten Arten von Vertragsverletzungen behandelten. Ein solcher üblich gewordener Ueberblick müßte im Rahmen vorliegender Arbeit unvollständig bleiben. Aber auch mit einer einigermaßen erschöpfenden Darstellung wäre zum mindesten nichts gewonnen. Es mag vom Standpunkt des Historikers interessant sein, zu erfahren, wie die verschiedenen Rechte jene Fragen behandelten, aber mehr als historischen Wert haben diese Rechte nicht. Man kann ihnen höchstens einen gewissen Vergleichswert messen, aber dies auch nur in dem Sinne, daß die früheren Rechte über Grundsätze, die heute auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wege der Interpretation, der Analogie oder sog. freien Lückenausfüllung aufgestellt werden, bereits positive Vorschriften enthielten und daß diese wegen ihrer Zweckmäßigkeit in irgend einer Form auch im BGB. enthalten sein müßten, anderenfalls das BGB. insoweit einen unverständlichen und daher nicht zu unterstellenden Rückschritt bedeuten würde. Bei dieser Argumentation liegt es auf der Hand, daß man den alten Rechten nur noch einen ganz bescheidenen Wert beimessen kann.

Etwas ganz anderes ist es mit den Motiven und den Protokollen zu den Vorarbeiten zum BGB. Diese haben einen unmittelbar praktischen Wert. Bei Zweifeln über die Auslegung einer Gesetzesstelle können sie einen unmittelbaren Fingerzeig geben. Aus ihnen kann der Wille und die

Vorstellung der Verfasser und Gesetzgeber entnommen werden. Und dieser Wille ist für die Auslegung maßgebend. Ich komme daher zu dem Ergebnis, daß nur auf dem Umwege über jene Materialien ein früheres Recht heute noch von praktischer Bedeutung sein kann, aber dies auch nur unter der Voraussetzung, daß es die Absicht der Gesetzgeber gewesen sein muß, in ausdrücklicher Anlehnung an früheres Gesetzesrecht eine Gesetzesvorschrift zu schaffen. Dieser Nachweis wird sich aber selten völlig einwandfrei führen lassen.

Wenn nun die Heranziehung früherer Rechte zum Beweise eines bestimmten, im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Grundsatzes als ein gefährliches Unternehmen bezeichnet werden muß, so kommt im vorliegenden Falle noch hinzu, daß die Wissenschaft sich in der Hauptsache nur auf die §§ 354, 355 des alten HGB. und die Artikel 1183 ff. des Code civil berufen hat, teilweise jedoch nur insoweit, als die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts aus ihnen bestimmte Grundsätze herausinterpretiert hat. Aus diesen Gründen unterlasse ich einen historischen Ueberblick, die oben genannten Paragraphen sollen aber an passender Stelle erwähnt werden.

B.

I. Der Umfang des Begriffes „positive Vertragsverletzungen".

In der Einleitung wurde festgestellt, daß die Fälle, in denen ein Schuldner dem Gläubiger durch eine mangelhafte Erfüllungshandlung einen über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden verursacht, kurz genannt: die Fälle der Schlechterfüllung eine vom Verzug und der Unmöglichkeit der Leistung zu scheidende dogmatische Besonderheit sind. Aber mit diesen Fällen der Schlechterfüllung ist der Begriff der positiven Vertragsverletzungen keineswegs erschöpft. Wie unten noch im einzelnen dargelegt werden wird, gehören auch die Fälle hierzu, in denen der Schuldner ohne im Verzug zu sein oder gar schon vor Fälligkeit ernsthaft und endgültig die Erfüllung verweigert, wie überhaupt die Fälle, in denen der Schuldner schuldhaft seinen Vertragspflichten positiv zuwiderhandelt. Dieses ist ebenfalls die weitaus herrschende Meinung. Es ist aber auch noch die Frage aufgetaucht, ob zu den positiven Vertragsverletzungen auch die Fälle gehören, in denen der Schuldner einer primären Unterlassungspflicht positiv zuwiderhandelt. Diese Frage wird von Staub[1]) bejaht, muß aber jetzt als erledigt betrachtet werden. Staubs Theorie hat vielfache eingehende Widerlegung erfahren, insbesondere von Kohler[2]). So konnte Kiß[3]) schon im Jahre 1908 feststellen, daß sie keiner erneuten Widerlegung mehr bedürfe. Und in der Tat hat sich das Reichsgericht[4]) und der weitaus größere Teil des Schrifttums,[5]) soweit es sich mit

1) S. 6; Staub-Müller S. 34 ff.
2) II S. 40, 42, 88 ff., 254 ff.
3) Arch Bürg R. 31, 175 ff.
4) RG. 54, 286 ff.
5) RGRKomm. § 325 2 und 4 S. 526, 527; Enneccerus § 55 I S. 191; Planck § 326 Abs. 6 S. 160 (Aufl. 1907); Oertmann § 276 Abs. 6 S. 113 ff.; Soergel § 326 H S. 517; Endemann S. 749

dieser Frage überhaupt beschäftigte, gegen die Einbeziehung der Zuwiderhandlung gegen primäre Unterlassungspflichten in den Begriff der positiven Vertragsverletzungen ausgesprochen und tatsächlich ist diese auch nicht haltbar. In diesen Fällen liegt vielmehr eine Unmöglichkeit der Leistung vor. Im folgenden soll dies kurz zusammenfassend noch einmal dargelegt werden.

Gleich zu Anfang seiner Abhandlung über die positiven Vertragsverletzungen (S. 5) hat Staub folgenden Satz aufgestellt: „Dagegen enthält das BGB. nicht die gleiche Vorschrift (Schadensersatzhaftung — § 286) für die zahlreichen Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft, oder in denen jemand tut, was er unterlassen soll." Unter letzteren versteht Staub solche Fälle, in denen sich der Schuldner lediglich zu einem Unterlassen verpflichtet hat: z. B. A. verpflichtet sich gegenüber B, Lampen nicht nach Frankreich auszuführen, C verpflichtet sich gegenüber D, keinem anderen Händler in Braunschweig als ihm Briketts zu liefern,[6]) E verpflichtet sich gegenüber F, einen bestimmten Artikel nicht unter einem bestimmten Preise zu verkaufen. Diese Fälle der Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht stellt Staub mit den Fällen der Schlechterfüllung auf eine Stufe, und zwar deshalb, weil beide Vertragsverletzungen nur durch eine positive Handlung der Schuldner begangen werden können. Aus diesem Grunde stellt er beide in Gegensatz zu den Tatbeständen der Unmöglichkeit der Leistung und des Verzuges, welche seiner Ansicht nach durch eine negative Handlung geschaffen werden können. Wie es sich nun herausgestellt hat, daß die Fälle der Schlechterfüllung nicht mit den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung oder den Verzug gelöst werden können, so glaubt Staub, das gleiche auch für die Fälle der Zuwiderhandlung gegen primäre Unterlassungspflichten annehmen zu müssen.

Abs. 4; Kipp S. 253 ff.; Wendt, ArchZivPrax. 92, 68 ff.; Rogowski, ArchZivPrax. 104,327 ff.; Siber in IheringsJ. 50, 202; Lesser S. 3 ff; Rehbein 118; Schollmeyer S. 125 Abs. 5; Titze 41; vgl. auch Mommsen III,32 ff.

A. A. Staudinger, Vorbem. vor § 275 — § 282 A I I c S. 250/51 und C I 4 S. 274.

6) RG. 54, 286 f.

Dieser Argumentation kann schon entgegengehalten werden, daß sie rein äußerlich nach der Begehungsweise einteilt und daraus glaubt, zwingende Schlüsse für die rechtliche Behandlung ziehen zu müssen. Im übrigen ist die Auffassung auch unrichtig, daß die Tatbestände der Unmöglichkeit der Leistung und des Verzuges nur durch negatives Verhalten des Schuldners geschaffen werden könnten. Es kann z. B. die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung sehr wohl auch durch eine positive Handlung geschaffen werden, indem der Schuldner die zu leistende Sache vernichtet. Allerdings setzt diese Auffassung voraus, daß man als das entscheidende Verhalten des Schuldners den Akt der Vernichtung und nicht allein die Tatsache des schließlichen Ausbleibens der Leistung ansieht. Diese Annahme ist jedoch deshalb zwingend geboten, weil die Vernichtung und das Ausbleiben der Leistung untrennbar zusammenhängen.

Demnach kann diese auf das Aeußere abstellende Begründung noch keinen Beweis schaffen. Im einzelnen leugnet Staub zunächst die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung aus folgenden Gründen: Er geht bei seinen Betrachtungen von dem Fall aus, in welchem sich A gegenüber B verpflichtet, einen bestimmten Artikel nicht unter einem bestimmten Preise zu verkaufen und A dieser Verpflichtung zuwiderhandelt. Staub[7]) meint nun, dem A sei trotz seiner Zuwiderhandlung seine vertragsmäßige Leistung nicht unmöglich geworden. Unmöglich geworden sei es ihm lediglich, die nun einmal begangene Pflichtverletzung wieder ungeschehen zu machen. Dies sei aber ganz unerheblich. Denn das „Wiederungeschehenmachen" sei ja nicht Gegenstand des Vertrages.

Letzteres ist zweifellos richtig. Freilich kann man nicht einmal Geschehenes wieder ungeschehen machen. Auch verpflichtet sich niemand dazu, den Naturgesetzen zuwiderzuhandeln. Aber danach ist gar nicht gefragt; es handelt sich hier nur darum, ob dem A nach und trotz seiner Zuwiderhandlung die auf Unterlassung gerichtete Leistung noch möglich ist. Der erste Satz, daß dem A seine Leistung noch möglich sei, ist falsch. Möglich ist dem A lediglich, nach der Zuwiderhandlung von neuem zu unterlassen. Diese neue Unterlassung aber ist nicht mehr die Leistung, zu der

7) Staub-Müller S. 34 ff.

sich A früher verpflichtet hatte. Denn seine Vertragspflicht bestand doch darin, niemals einen bestimmten Artikel unter einem bestimmten Preise zu verkaufen. Jetzt hat aber A nicht mehr die Möglichkeit, seine Pflicht „vom Vertragsschluß an bis in alle Zukunft zu unterlassen" zu erfüllen, da er einmal zuwidergehandelt hat. Das neue Unterlassen von der Zuwiderhandlung ab wäre bestenfalls eine Teilleistung, wenn man annehmen will, daß sich die Unterlassung in unendlich viele selbständige Teilunterlassungen zerlegen läßt. Aber selbst wenn man dies annehmen will, dann wäre doch dem A seine Leistung zweifellos teilweise unmöglich geworden, so daß auch bei dieser Auffassung die Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung zur Anwendung kämen.[8])

Staub[9]) meint nun, man müsse die Frage, ob die Leistung möglich oder unmöglich sei, von dem Zeitpunkt aus betrachten, in welchem die Frage der Erfüllung oder Zuwiderhandlung an den Verpflichteten herantrete, also vom letzten Zeitpunkt vor der Zuwiderhandlung aus. Wenn man dies aber tut, dann fragt man sich, was man sich in diesem Augenblick eigentlich zu fragen habe. Etwa: ist die Leistung möglich, jetzt noch möglich? Diese Frage wird man immer mit einem klaren Ja beantworten können. Denn solange A nicht unter dem bestimmten Preise verkauft, leistet er ja, wie sollte dies unmöglich sein! Es liegt auch auf der Hand, daß Staub den Zeitpunkt für jene Frage gänzlich falsch gewählt hat. Lediglich vom Augenblicke der Zuwiderhandlung ab wird der ganze Tatbestand, das Verhalten des Schuldners für vorliegendes Problem relevant. Erst nach der Zuwiderhandlung kann man sich fragen, ob die Leistung noch möglich ist oder nicht. In diesem Augenblick aber muß mann dann zu dem Ergebnisse kommen, daß nunmehr die Leistung, so wie sie zu bewirken war, nicht mehr zu erbringen ist.[10])

So verhält es sich nicht nur, wenn eine Unterlassungspflicht in Frage steht, sondern auch dann, wenn es sich um eine Verpflichtung zu positivem Tun handelt. Ein Beispiel: A verkauft dem B eine Kuh durch Vertrag vom 1. Januar. Am 1. März soll die Lieferung erfolgen. Am 1. Februar läßt A die Kuh schlachten und verbraucht das Fleisch. Am

8) vgl. Enneccerus § 55 I n. 7 S. 191.
9) Staub-Müller S. 34.
10) Lesser S. 10; Planck § 326 Abs. 6 S. 160/61.

1. März verlangt B vergeblich die Lieferung. Geht B nun zum Anwalt, so erklärt ihm dieser ohne Zögern, daß A ihm Schadensersatz leisten müsse, und zwar nach § 325 BGB. wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung. Staub würde konsequenterweise den B anders bescheiden. Es handele sich hier um eine positive Vertragsverletzung. Der A habe nämlich positiv handelnd die Kuh geschlachtet. A habe sich aber damit nicht etwa in den Zustand verschuldeter Unmöglichkeit versetzt. Die Leistung sei ihm durchaus noch möglich. A könne allerdings das Schlachten nicht mehr ungeschehen machen, aber das schade nichts. Auch habe A sich hierzu nicht verpflichtet. Wenn man sich frage, ob A die Kuh noch liefern könne, dürfe man sich dies nicht vom Standpunkt des heutigen Tages, des 1. März, überlegen, sondern man müsse sich auf den 1. Februar zurückversetzen, als A den Gedanken faßte, die Kuh zu schlachten. In diesem Augenblick hätte A doch fraglos die Kuh liefern können usw. Infolgedessen sei es doch ganz klar, daß die Leistung dem A nicht unmöglich geworden sei. — Also: die Kuh lebt noch! Trotzdem würde wohl auch Staub kaum dem A zur Leistungsklage raten.

Schließlich wendet Pagenkemper[11]) noch ein, daß es auf die Frage, ob trotz der Zuwiderhandlung die Leistung noch möglich sei oder nicht, nicht in erster Linie ankomme. Die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung paßten überhaupt nicht auf die Unterlassungspflichten. Das BGB. habe zwar in § 241 Satz 2 den Leistungsbegriff dahin normiert, daß die geschuldete Leistung auch in einem Unterlassen bestehen könne, jedoch habe es den Leistungsbegriff in dieser Form weder durchgeführt noch durchführen wollen. Ueberhaupt sei dieser Leistungsbegriff eine logische Unmöglichkeit, insofern nämlich zwei einander sich ausschließende Begriffe, wie das Unterlassen und das Tun, dem Leistungsbegriffe unterstellt wurden.

Den Beweis für seine Behauptung ist Pagenkemper vollständig schuldig geblieben. Zunächst einmal ist es logisch ohne weiteres zulässig, zwei derartige Begriffe unter einen gemeinsamen Oberbegriff zu bringen; mögen sie sich gegenseitig in mancher Hinsicht ausschließen, so doch sicherlich nicht insoweit, als „das Verhalten des Schuldners, der seiner Leistungspflicht genügt“ in Frage steht.[12]) Im

11) S. 16.
12) Lesser S. 7.

übrigen aber mag Pagenkemper zugegeben werden, daß manche Gesetzesbestimmungen nur auf eine Leistung zu positivem Tun zugeschnitten sind. Dies ist aber keineswegs verwunderlich und kann über den Rahmen der in Frage kommenden Vorschriften hinaus nichts beweisen. Pagenkemper hätte vielmehr den Nachweis erbringen müssen, daß gerade bei den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung eine positive Leistung vorausgesetzt werde, die Subsummierung auch einer Unterlassungspflicht dagegen ausgeschlossen sei. Diesen Beweis kann man aber nicht dadurch führen, daß man feststellt, daß die Unterlassungspflicht nicht unter andere Vorschriften paßt. Auch der Hinweis,[13]) daß man aus einem auf eine Unterlassung erkennenden Urteil nicht in wirklicher Weise die Zwangsvollstreckung betreiben und deshalb mit ihm überhaupt nichts anfangen könne, ist gänzlich verfehlt. Einmal kann man mit dem Urteil insofern etwas anfangen, als es die notwendige Voraussetzung für die im Beschlußverfahren festzusetzende Strafe ist. Schließlich muß man sich aber fragen, was Pagenkemper mit diesem Hinweis eigentlich beweisen will. Denn daß eine Verpflichtung zu positivem Tun und eine Verpflichtung zu einem Unterlassen ihrer Natur nach teilweise einer besonderen Behandlung, auch im Zwangsvollstreckungsverfahren, bedürfen, dürfte eigentlich zu irgendwelchen Bedenken keinen Anlaß geben. Jedenfalls kann aber hieraus nicht der Schluß gezogen werden, daß die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung auf die Unterlassungspflichten nicht paßten.

Damit sind die Gründe erledigt, die für die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Einbeziehung der Fälle der Zuwiderhandlung gegen Unterlassungspflichten in den Begriff der positiven Vertragsverletzungen sprechen sollen. Staub, Pagenkemper und Fischer haben nicht nachzuweisen vermocht, daß jene Zuwiderhandlungen nicht Fälle der Unmöglichkeit der Leistung sind. Daß sie nicht Fälle des Verzuges sind, geben sie selbst zu, weil offensichtlich der Verzug nur auf positive Leistungspflichten Anwendung finden könne.[14]) So mit Recht insbesondere Staub-Müller.[15]), [16])

13) Pagenkemper S. 18 ff., ebenso Fischer S. 79—82.
13) Goldmann-Lilienthal 333.
15) Staub-Müller S. 35; ferner Ennecerus-K.W. Aufl. 1928 § 274 I S. 161.

Danach setzten sich die positiven Vertragsverletzungen aus den Fällen der Schlechterfüllung und — wie noch darzulegen ist — aus den Fällen der ernsthaften Erfüllungsverweigerung zusammen. Zuwiderhandlungen gegen primäre Unterlassungspflichten sind Fälle der Unmöglichkeit der Leistung und müssen daher ausschließlich nach den dafür maßgebenden Vorschriften behandelt werden.

II. Die gesetzliche Grundlage für den Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzungen, soweit ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden verursacht ist.

In der Einleitung ist festgestellt worden, welche gesetzlichen Bestimmungen für die Behandlung der positiven Vertragsverletzungen nicht in Frage kommen können; mit der weitaus herrschenden Lehre mußte die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung und den Verzug für unzulässig erachtet werden. Damit ist aber natürlich noch keineswegs festgestellt, welche Vorschriften eigentlich maßgebend sind. Hierüber herrscht auch heute noch mannigfacher Streit. Im folgenden soll dies geprüft und zunächst die Frage erörtert werden, ob und in welcher Weise ein Anspruch auf Einzelschadensersatz, d. h. auf Ersatz des Schadens, der über das Erfüllungsinteresse hinausgeht, sich begründen läßt (Beispiel: einwandfreies Mehl des Käufers wird durch geliefertes feuchtes Mehl verdorben). Bei der Suche nach der maßgebenden gesetzlichen Regelung muß man stufenweise vorgehen. Zuerst wird immer zu prüfen sein, ob das positive Gesetz, und, wenn dieses versagt, die analoge Anwendung eines bestimmten Rechtsinstitutes die Lösung erbringen. Versagt auch die Gesetzesanalogie, dann bleibt die Möglichkeit der Anwendung einer Rechtsanalogie zu prüfen. Wenn man aber auch mit dieser nicht zum Ziele kommt, so meinen einige, ist jeder Fall im Wege der freien Lückenausfüllung zu entscheiden.

---

16) A. A. Golde, ArchZivPrax. 99 S. 306 ff.; Rogowsk, Arch.-ZivPrax. 104, 304 ff; Zitelmann in der Festgabe für Krüger S. 270. Vgl. auch Lesser S. 3—11, welcher ohne ersichtlich zwingenden Grund eine komplizierte Unterscheidung zwischen Unterlassugns- und Duldungspflichten trifft und im Falle einer der Zeit nach nicht ausdrücklich festgelegten Duldungspflicht Verzug annimmt.

Nach diesem Schema lassen sich die verschiedenen Meinungen über den Schadensersatzanspruch in vier Gruppen einteilen. Die erste Gruppe, zu der auch das Reichsgericht gehört, nimmt an, daß das positive Gesetz die Lösung enthalte, und zwar in § 276 BGB. Die zweite Gruppe — Hauptvertreter Staub — verwirft diese Meinung und billigt den Schadensersatz auf Grund analoger Anwendung des § 286 BGB. zu. Die dritte Gruppe hält eine analoge Anwendung eines bestimmten Rechtsinstitutes für nicht angängig und beruft sich auf allgemeine Grundsätze, wie sie z. B. in § 242 BGB. und in den gesamten Vorschriften über die Unmöglichkeit und den Verzug enthalten sind. Die vierte Gruppe sieht in den positiven Vertragsverletzungen derart besonders gelagerte Fälle, daß weder das positive Gesetz selbst noch die Analogie auf sie passe. Sie meint, eine allgemeine Lösung lasse sich hier überhaupt nicht finden, vielmehr müsse es dem Richter überlassen bleiben, im einzelnen Falle durch freie Lückenausfüllung nach Abwägung der beteiligten Interessen das richtige Recht zu finden.

Die erste Gruppe von Meinungen erblickt in § 276 BGB. die sedes materiae. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB. lautet: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten." Die Hauptvertreter dieser Gruppe, das Reichsgericht und Staudingers Kommentar meinen, § 276 enthalte nicht nur eine Definition der zivilrechtlichen Schuld, der Begriffe von Fahrlässigkeit und Vorsatz, sondern darüber hinaus einen selbständigen Haftungsgrund. Das Wort „vertreten" bedeute, Schadensersatz leisten.

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung im zweiundfünfzigsten Bande S. 18 ff. zum ersten Male ausführlich zu vorliegendem Probleme Stellung genommen. In dem dort entschiedenen Falle handelte es sich darum, daß ein Mühlenbesitzer nassen Roggen geliefert erhielt, jedoch die Abnahme verweigerte, und nach Rüge und Zurverfügungstellung Wandlung und Schadensersatz verlangte. Das Reichsgericht sagt, es sei nicht ausgeschlossen, daß auf Grund des Vertragsverhältnisses ein Schadensersatzanspruch neben der Wandlung bestehen könne, wenn nämlich eine Vertragspartei schuldhafterweise ihre Vertragspflicht verletze und dem anderen Teile einen Schaden verursache, dessen Geltendmachung nicht eine besondere gesetzliche

Vorschrift entgegenstehe. Dies folge aus § 276 BGB. Wenn danach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe, so könne mangels anderweiter gesetzlicher Vorschriften diese Verpflichtung gegenüber dem anderen Teile nur so verwirklicht werden, daß der Schuldner den Schaden ersetze, der durch sein vorsätzliches Handeln der anderen Vertragspartei entstanden sei. Wollte man dies nicht annehmen, so würde § 276 erheblich an Bedeutung verlieren. Dies sei aber nicht als vom Gesetze gewollt anzunehmen. — An diesem Standpunkt hat das Reichsgericht, und zwar wiederum der zweite Zivilsenat, in der Entscheidung im 53. Bande, S. 200 ff. festgehalten. Allerdings ist er hier nicht so klar hervorgehoben, und der Anspruch nicht ausschließlich auf § 276 gegründet. Das Reichsgericht sagt, es sei zuzugeben, daß ein allgemeiner Rechtssatz des Inhaltes, daß durch schuldhafte Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet werde, im Bürgerlichen Gesetzbuch, und insbesondere nicht in § 276 aufgestellt sei. Derselbe ergebe sich aber aus der Vorschrift des § 276, wonach der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt sei, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe, und aus den mehrfachen Bestimmungen über eine Haftung des Schuldners auf Ersatz des durch schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit verursachten Schadens. Unter dem Vertreten von Vorsatz und Fahrlässigkeit müsse die Haftung desjenigen, der vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflichten verletze, für die Folgen seines Handelns und der durch dasselbe bewirkten Schädigung des anderen verstanden werden. Im weiteren Verlaufe der Begründung führt das Reichsgericht noch aus, daß die nach § 276 BGB. an sich gegebene Haftung nicht etwa im Hinblick auf § 459 ff. zu verneinen sei. Vielmehr sei zu der allgemeinen Verschuldenshaftung aus § 276 noch eine weitere Haftung hinzugetreten, die aber von einem Verschulden unabhängig sei. An dieser Theorie hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten, z. B. in RG. 62, 119 ff.; 66, 289 ff.; 78, 325 ff. Von diesen Entscheidungen mag die im 68. Bande S. 192 ff. hervorgehoben werden, wo das Reichsgericht sagt, die Haftung des Schuldners ergebe sich im wesentlichen aus dem in § 276 ausgesprochenen Grundsatz, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe.

Im 106. Bande, S. 25 ff. hat sich das Reichsgericht wieder ausführlich und in ganz präziser Form geäußert. Es meint, es sei in der gesamten Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt, daß ein allgemeiner Rechtssatz bestehe, wonach der Schuldner durch schuldhafte Verletzung der ihm obliegenden Verpflichtungen dem Gläubiger ohne weiteres zum Schadensersatz verpflichtet werde. Das Reichsgericht habe in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß dieser Satz sich unmittelbar aus § 276 BGB. ergebe, der bestimme, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe. Es erblicke hierin nicht die Aufstellung einer Regel bloß darüber, welche Umstände dem Schuldner, sofern ihm durch anderweitige gesetzliche Vorschriften eine Haftung irgendwelcher Art auferlegt sei, zuzurechnen seien, sondern den Ausspruch einer Verpflichtung zum Schadensersatz für vorsätzlich oder fahrlässig begangene Verletzung von Vertragspflichten. Im übrigen aber biete der im BGB. aufgestellte Grundsatz von Treu und Glauben auf alle Fälle eine gesetzliche Grundlage, die den Satz, daß ein Schuldner, der seine Pflichten schuldhaft verletze, dem Gläubiger schadensersatzpflichtig sei, auch ohne ausdrücklichen Ausspruch als Gesetzesinhalt erkennen lasse. Es sei gleich hier darauf hingewiesen, daß das Reichsgericht also zwei selbständige Rechtsbehelfe erkennt, nach denen die positiven Vertragsverletzungen zu behandeln seien. Erstens allein § 276 BGB. und zweitens die §§ 157 und 242 BGB. mit ihrem Grundsatz von Treu und Glauben. Auf letzteren Rechtsbehelf wird später eingegangen werden, da er offenbar die Lösung mit Hilfe der Rechtsanalogie bezwecken soll.

Staudingers[1]) Kommentar hat sich der Lehre des Reichsgerichts im wesentlichen angeschlossen: Aus jedem Vertrage erwachse jedem Kontrahenten die Pflicht, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck gefährden könne. Dies sei zwar nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, werde aber als selbstverständlich vorausgesetzt, auch im Hinblick auf § 242 BGB. Nach § 276 BGB. habe der Schuldner zu vertreten, dies gelte auch für positive Vertragsverletzungen. Allerdings sage § 276 BGB. nicht, wie der Schuldner zu vertreten habe, als selbsverständlich werde aber gelten müssen, daß der Schuldner Schadensersatz zu leisten habe. Dies sei der einzige Sinn, der mit dem Worte ver-

1) Vorbem. zu § 276 C II S. 275 ff.

treten, verbunden werden könnè. Auch Düringer-Hachenburg[2]) sehen in § 276 BGB. einen selbständigen Haftungsgrund und meinen, daß, wenn diese Verantwortlichkeit überhaupt einen Sinn haben solle, es nur die Verpflichtung zum Schadensersatz sein könne. Man könne nicht annehmen, daß das Gesetz eine Verantwortlichkeit zwar normiere, ihr aber keinen Inhalt verleihe.[3])

Crome[4]) äußert sich im wesentlichen dahin, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen begangener Vertragsverletzung zu jedem Vertrage gehöre und hinsichtlich jeder Pflicht ein gewisses Maß von Sorgfalt aufzuwenden sei. Lasse man dieses außer acht, mache man sich „also" schadensersatzpflichtig.

Kipp[5]) sieht zwar auch in § 276 BGB. die Grundlage für die Schadensersatzpflicht, räumt aber immerhin ein, daß die Stellung dieses Paragraphen eine absolut sichere Grundlage nicht abgäbe.

Auch Eck[6]) bejaht die Anwendungsmöglichkeit von § 276 BGB. Er hat jedoch Bedenken im Hinblick auf die §§ 280 und 286 BGB. Er meint, daß diese Spezialbestimmungen dann eigentlich überflüssig wären, wenn § 276 bereits schlechthin jede schuldhafte Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig mache. Doch beruhigt er sich dabei, daß die Gesetzgeber gedacht hätten, „Doppelt hält besser".

Die Meinung des Reichsgerichts, Staudingers Kommentar, Düringer-Hachenburgs, Cromes, Kipps, und Ecks kann man schließlich auf eine Formel bringen: § 276 paßt eben und muß passen, und vertreten heißt Schadensersatz leisten müssen, denn sonst hätte der ganze Paragraph so gut wie gar keinen Sinn. Man wird ohne weiteres zugeben müssen, daß diese „Begründung" keineswegs ausführlich ist. Sie kann nicht überzeugen, so bequem es auch wäre, sich nach ihr zu richten. Man hätte dann in § 276 einen Generalparagraphen, ähnlich wie in § 826 BGB. gefunden, den man nach Belieben auf die verschiedensten Fälle anwenden könnte, wenn man nur außer dem Schaden Vorsatz oder

2) S. 264/265.
3) Dernburg, JW. 1903 S. 1 ff; Krückmann, DJZ. 1905 S. 205 ff., ArchZivPrax. 101, 190 ff., IheringsJ. 59, 311 ff.; Klein, SeuffA. 10, 318, Schulze, ArchBürgR. 30, 145 ff.
4) Crome III 1902 S. 65.
5) Kipp, DJZ. 1903 S. 271.
6) bei Leonhard Anm. 2 S. 271.

Fahrlässigkeit beweisen kann. Im übrigen wird man den Anhängern des § 276 BGB. insofern ohne weiteres zustimmen müssen, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch der Grundsatz enthalten ist, daß ein Schuldner, der schuldhaft seine Vertragspflichten verletzt, grundsätzlich auch dem Gläubiger den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen hat, und zwar ohne jede Einschränkung, insbesondere ohne die Voraussetzung, daß der Vertragszweck durch die Vertragsverletzung gefährdet sein müsse. Nur das eine muß nachdrücklichst bestritten werden, daß dieser Grundsatz in § 276 BGB. in unmittelbar anwendbarer Weise seinen Ausdruck gefunden hat. Den Beweis dafür, daß dies dennoch der Fall sei, haben das Reichsgericht und seine Anhänger weder angetreten, geschweige denn geführt. Sie haben lediglich, um dies nochmals zu betonen, konstatiert, daß Vertreten mit Schadensersatzleistenmüssen gleichzusetzen sei.

Gegen die Ansicht des Reichsgerichts und derjenigen, die sich ihm angeschlossen haben, lassen sich die verschiedensten Gründe anführen. Diese sind teils historischer, teils systematisch-sprachlicher, teils redaktioneller Art.

Zunächst sei auf die Entstehungsgeschichte hingewiesen. Es ist unstreitig, daß man bei der Abfassung des BGB. den besonderen Begriff „positive Vertragsverletzungen" nicht kannte. Unstreitig hat ihn erst nach 1900 die Wissenschaft gefunden. Die Redaktoren und Gesetzgeber nahmen an, daß sich alle Vertragsverletzungen nach den Begriffen der Unmöglichkeit der Leistung oder des Verzuges behandeln ließen.[7]) Diese beiden Institute sind auch eingehend geregelt. Mit dem § 276 BGB. wollte man lediglich eine Definition der zivilrechtlichen Schuld geben.[8]) Es ist die konsequente Systematik des BGB., Begriffen an der Stelle, an welcher sie zum ersten Mal auftauchen, eine authentische Erläuterung zu geben.[9]) Der Begriff der Fahrlässigkeit ist in Abs. 1, Satz 2 normiert; damit ist zugleich auch der Begriff des Vorsatzes abgegrenzt. Damit ist auch der Zweck des § 276 vollauf erfüllt, man ist nicht genötigt, in ihm

7) Planck 1907 n. 6 zu § 326 S. 161; Krückmann in JheringsJ 59, 325 ff.; Löwenwarter § 276 S. S. 60 f.; Ennecerus-Kipp-Wolff 1930 § 55 I S. 189, 190; Remelé, Recht 1912 S. 571.
8) Kiss, ArchBürgR. 31, 185; Staub S. 7.
9) Kiss, ArchBürgR. 31, 185; Staub S. 7.

noch mehr suchen zu müssen.[10]) § 276 ist ein Paragraph unter 2385, in ihm braucht nicht der Weisheit letzter Schluß enthalten zu sein. Zu dieser Annahme ist man aber um dies nochmals zu betonen, deshalb gezwungen, weil unzweifelhaft die Gesetzgeber keinen Generalhaftungsparagraphen schaffen wollten. Diese Tatsache wird zwar auch vom Reichsgericht[11]) zugegeben, nur zieht es aus ihr nicht den einzig möglichen Schluß, daß § 276 deshalb hier als Haftungsgrund nicht passen kann. Deshalb sagt auch Krückmann[12]), daß das Reichsgericht den § 276 in seinem Sinne einfach umgebogen habe.[13])

Nun hat man sich an das Wort „vertreten" geklammert.[13]) Vertreten könne einzig und allein nur haften, genauer: Schadensersatzleistenmüssen bedeuten.[14]) Diese Auffassung geht aber nach der Systematik des BGB. in sprachlicher Hinsicht fehl.[15]) In allen sonstigen Paragraphen, in denen das Wort vertreten vorkommt, ist es unzweifelhaft nicht in dem Sinne, von haften oder gar speziell Schadensersatzleistenmüssen gebraucht. Man denke z. B. nur an die §§ 323 ff. und 280 BGB.: „soweit die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen." Dieser Paragraph will doch ganz gewiß nur sagen: soweit die Leistung des Schuldners infolge Vorsatz oder Fahrlässigkeit desselben unmöglich geworden ist, hat dieser Schadensersatz zu leisten. Anderenfalls, also wenn nach der Ansicht des Reichsgerichts und seiner Anhänger vertreten gleich schadensersatzleistenmüssen zu setzen wäre, würde § 280 BGB. den lichtvollen Satz aussprechen: wenn der Schuldner haftet, dann haftet er. Dieses Beispiel mag genügen, es ließe sich beliebig vermehren.

Darüber hinaus meint sehr mit Recht Siber[16]), selbst wenn man annähme, daß vertreten völlig gleichbedeutend mit Schadensersatzleistenmüssen sei, so enthielte § 276 den-

10) vgl. Rogowski, ArchZivPrax. 104, 319 Anm. 28; Golde, ThürBl. 53, 21 ff; Siber in IheringsJ. 50,195 ff; v. Blume in IheringsJ. 55, 232.
11) RG. 54, 102.
12) in IheringsJ. 59, 325 ff.
13) ebenso Löwenwarter § 276 S. 60/61.
14) so besonders Staudinger, Vorbem. zu § 276 C II S. 275 ff.
15) Enneccerus II § 55 II a S. 193.
16) in IheringsJ. 50, 195 ff.

noch keinen Rechtsbefehl. Ein abstraktes Verbot von Vorsatz und Fahrlässigkeit sei inhaltslos, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht ein menschliches Verhalten, sondern nur die Eigenschaften eines solchen seien. Aber nur ein konkretes Verhalten, nicht seine von ihm abstrahierten Eigenschaften könnten verboten werden und konkreten Rechtsfolgen wie dem Schadensersatz als Grundlage dienen. Nach dem BGB. sei nun Verschulden, dessen Unterarten Vorsatz und Fahrlässigkeit seien, subjektive Voraussetzung der Erheblichkeit verschiedenartiger objektiver Tatbestände. Es sind dies zwei Gruppen: a) die Nichtbefolgung eines Rechtsbefehls (Erfüllungsverschulden), b) Verstoß gegen ein absolutes Verbotsgesetz (Deliktsverschulden).

Siber[17]) kommt daher zu folgendem Ergebnis: § 276 ist deshalb für sich allein genommen, ein lebensunfähiges Skelett, das erst von zwei verschiedenen Seiten mit Fleisch und Blut umkleidet werden muß: er erhält konkreten Gehalt erst, wenn die Abstraktionen Vorsatz und Fahrlässigkeit auf den aus anderen Vorschriften zu entnehmenden Inhalt eines objektiv gebotenen Verhaltens bezogen und wenn für das Vertretenmüssen dessen gleichfalls an anderen Stellen geordneten Rechtsfolgen herangezogen werden. Da aber die Schadensersatzpflicht nur in den §§ 280 und 286 als allgemeine Folge des Vertretenmüssens vorgeschrieben wird, so hilft, wenn diese unanwendbar sein sollten, auch § 276 in obigen Fällen nicht weiter."

Staudinger[18]) und Düringer-Hachenburg[19]) meinen nun, § 276 würde doch aber völlig sinnlos sein, bzw. an Bedeutung ganz erheblich verlieren[20]), wenn man vertreten nicht gleich Schadensersatzleistenmüssen setzen könnte. Aber — Eck[21]) hat darauf hingewiesen — im gleichen Augenblick müßte man sämtliche Paragraphen über den Verzug und die Unmöglichkeit der Leistung sinnlos erklären, denn in § 276 hätte man ja auch schon für diese Fälle den Schlüssel.[22]) Zum mindesten müßte man zu der Feststellung kommen, der Gesetzgeber habe den Grundsatz zur Anwendung bringen wollen: „Doppelt hält besser."

17) a. a. O. S. 199.
18) Vorbem. zu § 276 C II S. 275 ff.
19) Bd. II S. 265 ff.
20) RG. 52, 19 ff.
21) Eck bei Leonhard S. 271 Anm. 2.
22) Staub S. 7.

Wollte man aber diejenigen Gesichtspunkte alle nicht durchgreifen lassen, so müßte man doch auf Bedenken redaktioneller Art stoßen. Wenn nämlich in § 276 ein allgemeiner Haftungsgrund für jede schuldhafte Vertragsverletzung schlechthin aufgestellt werden sollte, dann wäre § 276 entsprechend der Systematik des BGB. sicherlich anders gefaßt worden, etwa folgendermaßen: wer vorsätzlich oder fahrlässig die ihm (vertraglich) obliegenden Pflichten verletzt, hat dem anderen Teile den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Letztere Wendung ist im BGB. stereotyp. Aber auch wenn in § 276 bei seiner heutigen Fassung ein selbständiger und allgemeiner Haftungsgrund erblickt werden sollte, dann hätten die Gesetzgeber den lediglich als Unterfälle anzusprechenden Instituten von Verzug und Unmöglichkeit nicht eine derart präzise Fassung dahin gegeben, daß im Falle des Verstoßes Schadensersatz zu leisten sei; dies wäre ja dann schon in § 276 gesagt.

Ein weiteres Argument gegen die Anwendbarkeit des § 276 ist der Umstand, daß man aus ihm die Haftungsfolgen — als solche kommen Schadensersatz und Rücktritt in Frage — nicht in vollem Umfange entnehmen kann. Die Vertreter der hier sogenannten ersten Gruppe sind sich zunächst darüber einig, daß unter dem Vertreten zum mindesten Schadensersatzleistenmüssen zu verstehen sei. Die Ansichten gehen aber bei der Frage auseinander, ob man mit Hilfe des § 276 auch den Rücktritt vom Vertrage begründen könne. Das Reichsgericht verneint die Frage. Es konstruiert das Rücktrittsrecht über § 326 BGB. Staudinger[23]) bejaht dies, nimmt aber noch eine komplizierte Konstruktion zu Hilfe. Er sagt folgendes, die Tatsache, daß man für positive Vertragsverletzungen haften müsse, ergebe sich aus § 276. Nicht aus § 276 ergebe sich aber, in welcher Form man haften müsse, die Rechtsfolgen ergeben sich aus § 249 und die besondere Folge des Rücktrittsrechtes aus § 242.

Auf den ersten Blick fällt hier schon das Gesuchte auf, allein an der Reihenfolge: erst § 276, dann § 249 und schließlich § 242. Also man muß rückwärts gehen, um zur Lösung zu kommen. Deshalb ist die Frage berechtigt, ob eine derartige Konstruktion nach dem Sinn des Ge-

23) Vorbem. zu § 276 C II S. 275 ff.

setzes gewollt sein kann. Wenn man schon annehmen will, daß in § 276 ein derart umfassender Paragraph geschaffen werden sollte, dann müßte man eigentlich auch annehmen, daß er Haftungsgrund und Haftungsart zugleich an derselben Stelle regeln wollte, wie es z. B. bei den §§ 823 ff., 826, vor allem aber in den §§ 280, 323 ff. geschehen ist. Logischer wäre es schon, wenn Staudinger folgendermaßen konstruieren würde: § 276 enthält nur den Haftungsgrund, nach § 249 bestimmen sich sämtliche Haftungsfolgen (obgleich auch hier wieder der Rückwärtsgang stören würde). Aber z. B. mit § 242 bei seiner Fassung läßt sich das Rücktrittsrecht nicht begründen.[24]) § 242 besagt doch: der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Es handelt sich hier also um die Art und Weise der Leistungspflicht des Schuldners. Bei dem Rücktrittsrecht handelt es sich um ein Recht des Gläubigers, und zwar noch um ein rechtsgestaltendes Recht. Nach Ausübung des Rücktrittsrechtes handelt es sich auch nur mehr um die Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen. Somit entfällt die Möglichkeit, den § 242 zur notwendigen Ergänzung heranzuziehen. Da aber § 276 nach Ansicht Staudingers dieser Ergänzung bedarf, muß seine Theorie auch aus diesem Grunde als verfehlt bezeichnet werden.

Zusammenfassend muß daher festgestellt werden, daß § 276 überhaupt nicht geeignet ist, den Schadensersatzanspruch, geschweige denn das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen zu begründen. Es sprechen Gründe entstehungsgeschichtlicher Art dagegen, da die Gesetzgeber in § 276 nicht einen Haftungsgrund, sondern nur eine Definition geben wollten, Gründe sprachlicher Art, da das BGB. den Ausdruck vertreten niemals[25]) im Sinne von haften oder gar schadensersatzleistenmüssen gebraucht, und schließlich Gründe redaktioneller Art, weil sonst § 276 so gefaßt worden wäre, daß er sowohl Haftungsgrund wie Haftungsfolge enthielte, und weil auch sonst die Vorschriften über die Unmöglichkeit und den Verzug erheblich anders, insbesondere ohne wiederholte Feststellung der Schadensersatzpflicht formuliert worden wären. Das einzige, was bei den Ausführungen und überhaupt an dem

24) so Dernburg, DJZ. 1903 S. 5.
25) abgesehen von den §§ 548 und 602 BGB.

Standpunkte der Anhänger des § 276 zu begrüßen ist, ist das Bestreben, die positiven Vertragsverletzungen mit Hilfe der direkten Anwendung einer positiven gesetzlichen Bestimmung zu lösen. Dieses Bestreben entspricht dem natürlichen Empfinden des praktischen Juristen. Die unmittelbare Anwendung des positiven Gesetzes ist angenehmer und befriedigender als die Zuhilfenahme oder ausschließliche Anwendung allgemeiner Grundsätze, die erst aus den verschiedensten Paragraphen festgestellt werden müssen. Dieses an sich verständliche Streben nach Klarheit und Uebersichtlichkeit darf jedoch unter keinen Umständen dahin führen, daß in einen Paragraphen etwas hineingelegt wird, was in ihm nachweislich und unbestritten nicht enthalten sein sollte.[26])

Die Vertreter der dritten Gruppe, welche aus Gründen einer übersichtlichen Darstellung jetzt behandelt werden sollen, lehnen aus den eben mitgeteilten Gründen die unmittelbare und alleinige Anwendung des § 276 ab. Sie finden die Lösung in der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, da die analoge Anwendung eines bestimmten Rechtsinstitutes, z. B. der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung oder den Verzug nicht möglich sei. Zu ihnen gehören Kipp, welcher eine vermittelnde Ansicht vertritt, Oertmann, Soergel, Enneccerus und auch wieder das Reichsgericht. Kipp, Oertmann und Soergel können sich bei der Feststellung und Anwendung allgemeiner Grundsätze nicht vollständig vom § 276 trennen, Enneccerus hat dies getan, und am weitesten geht das Reichsgericht.

Kipp[27]) formuliert den von ihm erkannten allgemeinen Grundsatz folgendermaßen: „Dieselben Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat, wenn er sich die Leistung unmöglich macht, eben dieselben Umstände hat er im gleichen Sinne zu vertreten, wenn er durch fehlerhafte Erfüllungshandlung den Gläubiger schädigt.“ Kipp meint, § 276 bezöge sich zwar dem Zusammenhange nach auf die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung, insbesondere auf § 280. Die Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit sei aber ebenso ausgeschlossen wie derjenigen über den Verzug, da Verzugsschaden und Leistungsversuchsschaden nicht identisch seien. Da demnach es nun an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung

26) Staub-Müller S. 28/29.
27) Kipp DJZ. 03 S. 253 ff.

fehle, welche die Haftung für solche Handlungen der mangelhaften Erfüllung regelten, müsse eine „ausdehnende Auslegung“ von § 276 Platz greifen.

Es ist bedauerlich, daß Kipp sich nicht ausführlicher äußert. Man bleibt nämlich im unklaren darüber, welcher Ansicht er über das Wesen des § 276 ist. Aber man kann auch schließlich ohne seine ausdrückliche Stellungnahme zu einem Urteil, und zwar zur Ablehnung seiner Theorie kommen. Sieht nämlich Kipp in § 276 lediglich eine Definition, dann kann auch eine ausdehnende Auslegung keinen Haftungsgrund schaffen. Auch die Bezugnahme auf § 280 könnte nicht helfen. Diskutabler wäre es schon, wenn er eine ausdehnende Auslegung und Anwendung des § 280 vorgeschlagen hätte. Hierbei wäre aber eine Bezugnahme auf § 276 überflüssig, denn § 276 ist eine notwendige Ergänzung des § 280 hinsichtlich des Passus: „infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes“. Wenn nun aber Kipp im § 276 mehr sieht als eine bloße Definition, nämlich einen Haftungsgrund, dann kann er nur einen solchen in dem gleichen Umfang anerkennen wie das Reichsgericht und Staudingers Kommentar. Nimmt demnach Kipp an, daß § 276 die Haftungsgrundlage für jede schuldhafte Vertragsverletzung sein soll, dann ist es unerfindlich, weshalb es in unseren Fällen noch einer ausdehnenden Auslegung bedürfen sollte. Bei jener Auffassung ist doch der Rahmen für die Anwendung des § 276 weit genug gesteckt.

Oertmann[28]) deduziert folgendermaßen. Im Bürgerlichen Recht bestehe das Grundprinzip der Ersatzfreiheit. Die Vorschriften über die Unmöglichkeit und den Verzug seien Ausnahmen hiervon, aber nicht die einzigen.[29]) Aus § 276 wie aus § 286 sei zu entnehmen, daß das Gesetz den Schuldner für alle Schäden verantwortlich mache, die er durch vertragswidriges Verhalten dem Gläubiger zufüge. Die Beantwortung der Fragen, welches Verhalten vertragswidrig sei, ergebe sich aus § 242.

Oertmann findet demnach die Lösung in einem allgemeinen aus § 286 zu entnehmenden Grundsatz und bedient sich hier des § 276 als „eines entsprechend anwendbaren Erkenntnisgrundsatzes“. Ihm muß derselbe Vorwurf gemacht werden wie Kipp. Auch Oertmann läßt sich nicht

28) § 276 Abs. 6 S. 113/14.
29) so auch Lehmann, ArchZivPrax. 96,87.

in ausreichender Weise über die rechtliche Natur des § 276 aus und verschweigt auch, was es bedeuten soll, den § 276 als einen entsprechend anwendbaren Erkenntnisgrundsatz zu verwerten. Ist aber § 276 nur eine Definition, dann kann er trotz jeder irgendwie denkbaren Art der Anwendung nur eine Definition bleiben. Enthält er aber einen selbständigen Haftungsgrund, dann ist eine entsprechende Anwendung weder nötig noch möglich und die Bezugnahme auf § 286 überflüssig. Demnach muß auch Oertmanns Konstruktion abgelehnt werden. Würde er seinen allgemeinen Grundsatz lediglich aus § 286 entnehmen und § 276 vollständig fortlassen, wäre ihm beizupflichten. In diesem Falle würde es sich aber auch nicht mehr um eine Rechtsanalogie, sondern um eine Gesetzesanalogie handeln. Diese scheint aber Oertmann für zu schwach zu halten.

Soergel formuliert folgendermaßen:[30]) „Die Schadensersatzpflicht besteht insbesondere dann, wenn eine Vertragspartei der selbstverständlichen Verpflichtung, bei der Abwicklung des Geschäftes ihr Verhalten so einzurichten, daß eine Benachteiligung der Gegenpartei tunlichst vermieden wird und dem ihr bekannten besonderen Interesse der Gegenpartei Rechnung zu tragen, schuldhaft zuwiderhandelt."[31]) Diesen allgemeinen Grundsatz folgert Soergel „aus § 276 und den mehrfachen Bestimmungen des BGB. über Ersatz des durch schuldhafte Vertragsverletzung entstandenen Schaden". Vergleicht man diese Begründung mit der von Oertmann gegebenen, so muß man feststellen, daß Soergel den Schadensersatzanspruch auf eine breitere Basis stellt. Er beruft sich also nicht nur auf § 276 und § 286 allein, sondern auf § 276 und die mehrfachen Bestimmungen über eine Haftung wegen schuldhafter Vertragsverletzung, geht also noch über die Anwendung der Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften hinaus.

Auf letztere Basis allein stützt sich Enneccerus[32]) ohne dabei den § 276 in irgendeiener Form heranzuziehen: „Die zu vertretende positive Forderungsverletzung (Schlechterfüllung) macht den Schuldner, auch wenn sie weder Verzug noch Unmöglichkeit zur Folge hat, nach Analogie der Unmöglichkeits- und Verzugsregeln gerade so schadensersatzpflichtig, wie die schuldhafte Nichterfüllung eines Forderungsrechtes bei Unmöglichkeit oder Verzug."

30) § 276 Abs. 2 S. 542.
31) ebenso RG. 73, 347 ff.
32) 1930 § 55 II S. 192.

Wir haben nun gesehen, daß Kipp, Oertmann, Soergel und Enneccerus den allgemeinen Rechtsgrundsatz im wesentlichen gleich formulieren: für jede schuldhafte Vertragsverletzung sei zu haften, also auch für eine Vertragsverletzung, die durch eine positive Handlung des Schuldners begangen ist und eine Schlechterfüllung bedeutet. Diese Haftung trete schlechthin ein, ohne daß es noch einer besonderen Voraussetzung, nämlich der Gefährdung des Vertragszweckes bedürfe; jedenfalls dann nicht, wenn Einzelschadensersatz in Frage stehe. Daß ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dieser Formulierung aus dem BGB. überhaupt erkennbar ist und der Absicht der Gesetzgeber entspricht, ist ohne weiteres anzuerkennen, insbesondere auch deshalb, weil die Gesetzgeber glaubten, die Fälle der Schlechterfüllung mit den Vorschriften über die Unmöglichkeit und den Verzug geregelt zu haben. Anzuerkennen ist auch, daß die genannten Vertreter diesen Grundsatz in erster Linie aus den §§ 280 (Kipp) und 286 (Oertmann) oder aus beiden (Enneccerus) oder aus anderen Bestimmungen entnommen haben, welche eine Schadensersatzpflicht ausdrücklich aussprechen (Soergel).

Eine andere Frage ist es aber, ob dieser Grundsatz auch geeignet ist, unmittelbar auf die Fälle der positiven Vertragsverletzungen angewendet zu werden. Ich will hier nicht die Frage aufwerfen, ob man mit Hilfe eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes überhaupt einen Anspruch auf Einzel- oder Totalschadensersatz oder das Recht zum Rücktritt vom Vertrage gewähren kann. Ich meine vielmehr, ob die Anwendung solcher Grundsätze auch dann zulässig ist, wenn sich z. B. die Möglichkeit der analogen Anwendung eines bestimmten Rechtsinstitutes bietet, also die Möglichkeit der Gesetzesanalogie. Ich will die Frage verneinen. Ebenso wie das positive Gesetz die Anwendung der Gesetzes- und Rechtsanalogie und erst recht der freien Lückenausfüllung ausschließt, so schließt auch die Gesetzesanalogie die Rechtsanalogie aus. Zu diesem Standpunkt komme ich, weil grundsätzlich die niedrigere Stufe die höhere ausschließen muß und vom Standpunkt des geschriebenen Rechts in erster Linie diejenige Rechtsstufe maßgebend sein muß, welche die größere Klarheit und Sicherheit für die Anwendung auf einen praktischen Fall bietet. Die größte Sicherheit bietet das positive Gesetz, weniger sicher ist man schon bei der analogen Anwendung eines bestimmten Rechtsinstitutes, denn hier müssen manche

Bestandteile fortgelassen und manche ergänzt werden. Eine erheblich unsichere Grundlage bietet aber die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, weil sie prinzipiell von bestimmten Paragraphen losgelöst sind. Die Haftungsvoraussetzungen mag man noch hinreichend klar bestimmen können, die Haftungsfolgen können nur — abgesehen vielleicht vom Schadensersatzanspruch — aus anderen Paragraphen entnommen werden. Darin liegt ein unbestreitbarer Nachteil, denn man kann sich hierbei erheblich streiten müssen, welche Paragraphen heranzuziehen seien. Aber auch eine Unlogik liegt hierin. Bezüglich des Haftungsgrundes löst man sich vollständig von bestimmten Paragraphen, bezüglich der Haftungsfolgen kehrt man zu ihnen zurück. So sagt z. B. Oertmann[33]), es bleibe zur Ermittelung der Folgen einer positiven Vertragsverletzung nur die analoge Heranziehung der §§ 325, 326.

Demnach muß aus prinzipiellen Gründen die Frage der Anwendungsmöglichkeit jenes an sich richtigen Grundsatzes so lange noch offen bleiben, als die Frage der Möglichkeit der Gesetzesanalogie noch nicht beantwortet ist.

Es ist hier der Ort auf die oben schon erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts im 106. Bande, S. 22 ff. zurückzukommen. Das Reichsgericht sagte dort, nachdem es erklärt hatte, § 276 enthalte nicht nur eine Definition, sondern eine Haftungsnorm, daß schließlich der im BGB. aufgestellte Grundsatz von Treu und Glauben auf alle Fälle eine gesetzliche Grundlage biete, die den Satz, daß ein Schuldner, der seine Vertragspflichten schuldhaft verletze, dem Gläubiger den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei, auch ohne ausdrücklichen Ausspruch als Gesetzesinhalt erkennen lasse. Wie hieraus zu erkennen ist, nimmt das Reichsgericht also zwei selbständige Haftungsgründe für die Fälle der positiven Vertragsverletzungen an. Einmal den § 276 allein, und zweitens den Grundsatz von Treu und Glauben. Dieser Begründung stehen zweifache Bedenken entgegen. Wenn das Reichsgericht schon annimmt, daß § 276 einen selbständigen Haftungsgrund enthalte, dann muß nach der oben zugrunde gelegten Stufenordnung jede andere Begründung ausscheiden. Dies gilt hier für den Grundsatz von Treu und Glauben. Es kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen, nach-

33) § 325 Abs. S. S. 200.

dem es einmal eine positive Norm aufgestellt hat, daneben noch zulassen zu wollen, daß auch allgemeine Grundsätze verwendet werden. Denn die allgemeinen Grundsätze sind nicht ohne weiteres in ihrem vollen Umfange erkennbar, sowohl hinsichtlich des Grundes als auch der Folgen der Haftung. Die mit ihnen naturgemäß untrennbar verbundenen Nachteile sollen eben durch eine positiv-rechtliche Regelung ausgeschaltet werden. Deshalb hätte das Reichsgericht seine Entscheidung allein auf § 276 stützen sollen, wenn es ihn überhaupt für anwendbar hielt. Wenn man es aber trotz alledem gelten lassen wollte, daß der Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzungen sich entweder auf § 276 oder den Grundsatz von § 242 gründen ließe, so müßten doch jener kumulativen Begründung stärkste Bedenken entgegenstehen.

Schließlich aber ist das Heranziehen gerade des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Begründung des Schadensersatzanspruches zu beanstanden. Kipp, Oertmann, Soergel und Enneccerus hatten sich hierfür auf die gesetzlichen Vorschriften berufen, die ausdrücklich eine Schadensersatzpflicht statuieren. Von ihrem Standpunkt aus war dieses Vorgehen richtig. Ihr allgemeiner Grundsatz hat eine konkrete Fundierung. Ganz anders ist es aber mit dem Grundsatz von Treu und Glauben. Dieser Grundsatz bestimmt, wenn man überhaupt hierfür das BGB. mit den §§ 157 und 242 heranzieht, lediglich, wie der Schuldner zu leisten hat bzw. unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger die Leistung als nicht vertragsmäßig behandeln darf. Andere Vorschriften des BGB. behandeln die Frage, was der Gläubiger tun darf, wenn die Leistung nicht vertragsmäßig ist, d. h. nicht den Grundsätzen des § 242 spricht. Deshalb kann aus § 242 kein als Haftungsgrund verwendbarer allgemeiner Grundsatz abgeleitet werden. Vom Standpunkt des Reichsgerichts ist es schließlich nicht einzusehen, weshalb man in schwierigen Fällen bei dem Grundsatz von Treu und Glauben Halt machen sollte, es müßte doch auch genügen, wenn man sich auf den Grundsatz der Gerechtigkeit schlechthin beriefe. Wendet man aber derart allgemeine Gedanken so konkret an, so fragt man sich, weshalb man bei der Bestimmung der Haftungsfolgen aus ihnen so engherzig sein sollte. Es ist dann nicht einzusehen, weshalb sich aus § 242 nur der Schadensersatzanspruch und nicht auch das Rücktrittsrecht ableiten

lassen sollte, wie es z. B. Staudingers[34]) Kommentar annimmt. Dies ist dann schon einerlei.

Aus alledem ergibt sich, daß die Anwendung allgemeiner Grundsätze hier zur Begründung des Schadensersatzanspruches ein zweifelhaftes Unternehmen ist. Sie hat deshalb dann auszuscheiden, wenn sich beim Schweigen des positiven Gesetzes die Möglichkeit der analogen Anwendung eines bestimmten Rechtsinstitutes, also der Gesetzesanalogie, bietet. Dies soll im folgenden untersucht werden.

Auch Staub[35]), der Hauptvertreter der zweiten Gruppe und Begründer der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen erkennt an, daß ein allgemeiner Grundsatz bestehe, wonach der Schuldner für jede schuldhafte Vertragsverletzung dem Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet sei. Er entnimmt diesen Grundsatz aus den Vorschriften über die Unmöglichkeit, besonders aber aus denen über den Verzug. Er meint, mit diesen beiden Instituten sei ausdrücklich zwar nur Vorsorge getroffen für die Fälle, in denen der Schuldner durch negatives Verhalten eine Vertragspflichtverletzung begehe. Doch müsse das gleiche gelten, wenn der Schuldner durch positive Handlung schuldhaft und vertragswidrig den Gläubiger schädige; die positive Zuwiderhandlung sei eine noch viel stärkere Pflichtverletzung als das bloße Unterlassen der Leistung. Auch habe es in der Absicht der Gesetzgeber gelegen, mit jenen Instituten jede schuldhafte Vertragsverletzung zu treffen, da sie — wenn auch irrtümlicherweise — geglaubt hätten, daß die sogenannten positiven Vertragsverletzungen Fälle von Verzug oder Unmöglichkeit seien. Allerdings dürfe man man wegen dieser auf einem dogmatischen Irrtum beruhenden Auffassung der Gesetzgeber die §§ 280 und 286 nicht direkt anwenden, wie überhaupt das positive Gesetz keine Handhabe böte, insbesondere nicht in § 276. Wenn auch grundsätzlich gegen eine unmittelbare Anwendung allgemeiner Grundsätze nichts einzuwenden sei, so sei doch stets das Operieren mit dem Geiste des Gesetzes eine mißliche Sache. Dies müsse daher immer dann ausscheiden, wenn die Möglichkeit der Gesetzesanalogie gegeben sei. Diese Möglichkeit bestehe aber hier, § 286 könne analog angewendet werden.

34) Staudinger § 325 I I c. S. 498.
35) Staub S. 14 ff., Staub-Müller S. 32 ff.

Dieser Theorie, der Siber[36]) und mit Abschwächungen auch Brecht[37]) beigetreten ist, kann ohne Bedenken gefolgt werden. Wie auch Soergel[38]), Oertmann[39]) und Enneccerus[40]) meinen, liegt tatsächlich den Vorschriften über die Unmöglichkeit und den Verzug der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, ohne jede einschränkende Voraussetzung für jede schuldhafte Vertragsverletzung die Verpflichtung zum Schadensersatz eintreten zu lassen. Bei diesen beiden Instituten liegt aber die Analogie aus § 286 besonders nahe.[41]) Beim Verzug wie im Falle der Schlechterfüllung ist die geschuldete Leistung noch möglich. Auch tritt hier wie dort ein Schaden ein, der über das Erfüllungsinteresse hinausgeht. Im Falle des Verzuges entsteht dem Gläubiger ein Schaden, der mit dem Gegenstande der Leistung selbst nichts zu tun hat; und bei der positiven Vertragsverletzung tritt ein Schaden ein, der nicht in der Leistung selbst beruht, sondern über sie hinaus in die Sphäre des Gläubigers eingreift.

Eine analoge Anwendung des § 280 ist demgegenüber nicht angängig, zum mindesten aber nicht so naheliegend. Denn im Falle der Unmöglichkeit der Leistung ist diese eben unmöglich geworden, was im Falle einer positiven Vertragsverletzung nicht zutrifft. Die Vorschriften über die Unmöglichkeit kommen vielmehr nur dann, und zwar unmittelbar zur Anwendung, wenn die positive Zuwiderhandlung gegen eine Vertragspflicht eine Schlechterfüllung und gleichzeitig eine Unmöglichkeitt der Leistung bedeutet (der Schuldner stellt aus gelieferter Wolle Garn von verkehrter Stärke her). Dann ist aber diese Schlechterfüllung keine positive Vertragsverletzung im eigentlichen Sinne des Begriffes.

Gegen die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 286 sind zahlreiche Einwendungen erhoben worden. So hat Lesser[42]) , gestützt auf Lehmann[43]) und Kipp[44]), behauptet, bei dem Verzuge handele es sich um den Schaden,

36) IheringsJ. 50, 192 ff.
37) IheringsJ. 53, 263 ff.
38) § 276 n. 2 S. 542.
39) § 276 Abs. 6 S. 113/14.
40) § 55 II S. 192 (1930).
41) Oertmann a .a. O.; vgl. Warneyer § 326 XII S. 592.
42) S. 31.
43) ArchZivPrax. 96, 81.
44) DJZ. 03 S. 254.

der durch das Zuspätleisten, bei den positiven Vertragsverletzungen aber um einen solchen, der aus der Mangelhaftigkeit entstanden sei. Der Verzug betreffe das Zeitmoment, die positive Vertragsverletzung den Gegenstand der Leistung. Das ist zweifellos richtig, kann aber gegen die Zulässigkeit der Analogie nichts beweisen. Es ist ein Unding, zu verlangen, daß die Tatbestände des positiven Gesetzesparagraphen und der Bestimmung, die aus ihm im Wege der Analogie entnommen wird, sich vollständig decken müssen. Das ist ja gerade das Wesen der Analogie, daß sich jene beiden Vorschriften unterscheiden, im wesentlichen aber gleichgelagert sind. Oben ist nachgewiesen worden, daß letzteres tatsächlich der Fall ist. Den gleichen Einwand wie Kipp, Lehmann und Lesser erhebt auch Oertmann.[45]) Ihm ist aber mit Recht Müller[46]) entgegen getreten. Denn nur auf das § 286 zugrunde liegende Prinzip kommt es an: wenn beim Verzuge durch negatives Verhalten der Schuldner dem Gläubiger einen über das Leistungsinteresse hinausgehenden Schaden verursacht, so gilt dies erst recht, wenn nicht nur ein bloßes Unterlassen, sondern eine positive Zuwiderhandlung gegen die Vertragspflichten erfolgt ist. Dieses Grundprinzip gibt aber auch Oertmann[47]) zu, und damit erledigt sich sein Einwand.

Staub hat somit unwiderlegt nachgewiesen, daß sich der Anspruch auf Einzelschadensersatz in den Fällen der Schlechterfüllung mit Hilfe der Gesetzesanalogie aus § 286 begründen läßt. Infolgedessen muß die Anwendung der Rechtsanalogie, mag sie gegründet werden auf welche Paragraphen sie wolle, ausscheiden; die niedrige Stufe schließt die höhere aus.[48]) Die Theorie Staubs hat den unbestreitbaren Vorzug, daß sie in ihrem gesamten Aufbau eine einheitliche und klare Linie bildet. Staub begründet den Einzelschadensersatzanspruch mit Hilfe der Analogie aus § 286, den Anspruch auf Totalschadensersatz und das Rücktrittsrecht — wie noch darzulegen ist — mit Hilfe der Analogie aus § 326. Also in beiden Fällen mit Hilfe der Gesetzesanalogie, und zwar aus den Verzugsvorschriften. Das Reichsgericht dagegen geht ganz verschlungene Wege

45) § 276) Abs. 5.
46) Staub-Müller S. 33.
47) a. a. O.
48) Lesser S. 45.

und begründet den Anspruch auf Einzelschadensersatz mit § 276 in direkter Anwendung und daneben noch mit Hilfe der Rechtsanalogie aus § 242, das Rücktrittsrecht aber und den Anspruch auf Totalschadensersatz mit Hilfe der Gesetzesanalogie aus § 326.

Schließlich behaupten die Vertreter der vierten Gruppe, daß die positiven Vertragsverletzungen derart besonders gelagerte Fälle seien, daß sie weder mit Hilfe des positiven Gesetzes, noch mit Hilfe der Gesetzes- oder Rechtsanalogie gelöst werden könnten. Sie sind der Meinung, daß sich bezüglich dieser Fälle tatsächlich eine Lücke im Gesetz befände, welche in freier Abwägung der beteiligten Interessen ausgefüllt werden müsse. Denn eine Haftung müsse auch hier eintreten. Die Angriffe der Vertreter dieser Gruppe richten sich in erster Linie gegen die analoge Anwendung des § 326. Es sei hier vorausgeschickt, daß die weitaus herrschende Lehre mit Hilfe dieser Gesetzesanalogie das Rücktrittsrecht und den Anspruch auf Totalschadensersatz begründet, und zwar unter der neuen Voraussetzung, daß die positive Vertragsverletzung den Vertragszweck gefährdet. Wenn sich auch die Einwendungen in der Hauptsache gegen diese beiden Rechtsfolgen richten, so gelten die Ausführungen in ihrem Grundsätzlichen auch für den Anspruch auf Einzelschadensersatz, denn auch ihn lassen jene Vertreter weder auf Grund des § 276 noch des § 286 zu.

Müller-Erzbach[49]) will dem Reichsgericht und Staub nachweisen, daß ihre Auslegung des § 326 unlogisch sei. Er meint, sie beschränkten das aus dieser Vorschrift entnommene Rücktrittsrecht nur auf die Zukunft. Richtiger Weise müsse man aber doch annehmen, daß die Verträge insonderheit die Sukzessivlieferungsverträge ex tunc aufgelöst würden. Das Reichsgericht und seine Anhänger machten aus dem Rücktrittsrecht tatsächlich ein Kündigungsrecht. Ferner sei es nicht richtig, daß das Reichsgericht das Rücktrittsrecht nur dann zulasse, wenn der Vertragszweck gefährdet sei. Aus § 326 sei dies keinesfalls zu entnehmen. Anderenfalls müßte bei der Fassung des § 326 schon eine einzige mangelhafte Lieferung genügen, um bei selbst Jahre hindurch vollständig ordnungsmäßiger Lieferung den Vertrag zur Auflösung zu bringen. Ein derart

49) DJZ. 1904 S. 1158 ff.

„liberales und schmiegsames Rücktrittsrecht" sei aber sicherlich nicht der Grundgedanke des § 326.

Wenn auch die Beweisgründe in vorstehenden Ausführungen sich nicht ganz von der Hand weisen lassen, so darf doch nicht übersehen werden, daß es sich bei den Sukzessivlieferungsgeschäften um Verträge besonderer Art handelt, die — nach Ansicht Müller-Erzbachs — das BGB. gar nicht behandelt hat und daß aus diesem Grunde auch eine besondere Gestaltung des Rücktrittsrechtes notwendig ist, und ferner, daß es sich hier nicht um eine direkte, sondern analoge Anwendung des § 326 handelt.

Bedauerlich ist nur, daß Müller-Erzbach sich über eins so ziemlich ausschweigt, er gibt nicht den Grund an, aus dem heraus er die freie Lückenausfüllung überhaupt für zulässig erachtet.

Kiß meint,[50]) der Richter sei in jedem einzelnen Falle berechtigt, einen Ergänzungssatz aufzustellen, und formuliert dies dahin: „Dieser Ergänzungssatz muß auf der Grundlage freier Interessenabwägung festgesetzt werden, jedoch innerhalb der gesetzlichen Grundprinzipien. Es können also die im Gesetz üblichen Folgen der normierten Vertragsverletzungen angewendet werden, wenn und soweit sie den Vertragszweck gefährden."

Mit diesem Satze ist aber keineswegs gedient. Denn über die Zulässigkeit der freien Lückenausfüllung ist damit noch gar nichts gesagt. Wie Kiß, gibt auch Stampe[51]) lediglich die Worte „Grundprinzipien des Rechts" und „Interessenabwägung"[52]). Hiermit haben aber Müller-Erzbach, Kiß und Stampe, welche jedoch ausdrücklich erklären, daß sie unter der freien Lückenausfüllung etwas anderes verstehen, als Gesetzes- oder Rechtsanalogie, keinen überzeugenden Beweis für die Zulässigkeit der freien Lückenausfüllung erbracht. Im Falle der positiven Vertragsverletzungen ist die freie Lückenausfüllung schon deshalb unzulässig, weil die Gesetzesanalogie aus den §§ 286 und, wie noch darzulegen sein wird, 326 schon ausreicht, und im übrigen deshalb, weil sie dem Sinn unseres Rechtes widerspricht. Wenn nämlich das positive Gesetz versagt und auch die Gesetzes- oder Rechtsanalogie nicht helfen kann, dann liegt eben kein „Gesetz" vor. Wir haben, abgesehen

50) ArchBürgR. 1908 S. 175 ff.
51) DJZ. 1905 S. 417 ff. und 713 ff.
52) Gegen Stampe besonders Heck, DJZ. 1905 S. 1140 ff.

vom Gewohnheitsrecht, geschriebenes Recht, und dieses Recht bietet keine Handhabe, nach der man beim Schweigen jeglichen „Gesetzes" gewissermaßen tun kann, was man will. Das erkennbare Streben im Recht nach Vereinheitlichung in jeder Beziehung, würde man geradezu durchkreuzen, wollte man jedem der vielen tausend Richter gestatten, nach freier Interessenabwägung das Recht, genauer: neues Recht, zu finden. Auf Grund der dann zu befürchtenden unterschiedlichsten gerichtlichen Entscheidungen würde die größte Rechtszersplitterung und Unsicherheit eintreten.[53]) Dieser Vorstellung könnte auch nicht entgegengehalten werden, daß die Fälle, in denen man zur freien Lückenausfüllung greifen müßte, doch verhältnismäßig selten seien und überdies die Autorität des Reichsgerichts dafür sorgen würde, daß sich diese Ausfüllung recht bald in geordneten Bahnen bewegen würde. Abgesehen davon, daß das Reichsgericht in den meisten Fällen gar nicht die Möglichkeit haben würde, entweder in der Sache selbst zu entscheiden, oder durch ein Präjudiz klärend und vereinheitlichend zu wirken, so betrifft dies doch nur die praktischen Folgen einer Rechtsfindungsmöglichkeit, nicht aber die Begründung ihrer gesetzlichen Zulässigkeit. Eine Begründung ist es auch nicht, wenn Kiß[54]) die Interessenabwägung innerhalb der gesetzlichen Grundprinzipien eintreten lassen will. Einmal liegt hierin schon ein gewisser Widerspruch. Vor allem aber weiß man ja gar nicht, wie man sich jene Grundprinzipien vorstellen soll. Ganz allgemein gefaßt, der Grundsatz der Gerechtigkeit, der Grundsatz von Treu und Glauben? Daß man nun mit diesen Grundsätzen keinen praktischen Fall lösen kann, scheint auch Kiß einzuleuchten. Deshalb meint er, die im Gesetz üblichen Folgen der normierten Vertragsverletzungen könnten angewendet werden.[55]) Aber mit welchem Recht? Das Gesetz schweigt doch angeblich in solchen Fällen so vollkommen, daß nicht einmal eine Rechtsanalogie zulässig sein soll. Es soll doch neues Recht erst geschaffen werden. Mit welchem Recht greift man dann auf die „bei den normierten Vertragsverletzungen üblichen

53) Heck, DJZ. 05 S. 1140.
54) ArchBürgR. 1908 S. 175 ff.
55) vgl. Oertmann, welcher trotz Zugrundelegung der Rechtsanalogie hinsichtlich der Folgen zur Gesetzesanalogie zurückkehrt (§ 325 Abs. 6 S. 300).

Folgen“ zurück? Wenn man sich schon außerhalb des Gesetzes stellt, dann sollte man auch nicht ängstlich sein und nicht nur die in einem Gesetze erwähnten Folgen eintreten lassen, sondern auch in freier Interessenabwägung völlig neue Haftungsfolgen erfinden.

III. Die gesetzliche Grundlage für das Rücktrittsrecht und den Schadensersatzanspruch hinsichtlich des ganzen Vertrages.

Im vorangegangenen Teile vorliegender Abhandlung ist die gesetzliche Grundlage für den Anspruch auf Einzelschadensersatz bei positiven Vertragsverletzungen festgelegt worden. Dieser Anspruch ist aber nicht die einzige Rechtsfolge, welche bei positiven Vertragsverletzungen eintreten kann. Wie allgemein anerkannt wird, ist auch unter gewissen Voraussetzungen das Rücktrittsrecht und der Anspruch auf Totalschadensersatz zulässig. Auch hier ist wiederum die Begründung streitig, wenn auch nicht in dem Umfange, wie bei dem Anspruche auf Einzelschadensersatz. Das bei der Feststellung dieses Anspruches verwendete Stufenschema kann auch jetzt herangezogen werden. Es gliedern sich also die verschiedenen Meinungen in vier Gruppen, von denen die erste Gruppe meint, das positive Gesetz, die zweite Gruppe die Gesetzesanalogie, die dritte Gruppe die Rechtsanalogie und die vierte Gruppe die freie Lückenausfüllung brächten die Lösung.

Die erste Gruppe ist auffallend schwach vertreten. Staudingers[1]) Kommentar gehört zu ihr. Er ist einer der wenigen, welche ihre Theorie über die positiven Vertragsverletzungen konsequent durchführen und nicht zwischen den einzelnen Gruppen hin und her schwanken. Hinsichtlich der Rechtsfolge des Schadensersatzes sah Staudinger den Haftungsgrund in § 276 und die Rechtsfolge in §§ 249 ff. normiert. Zum Rücktrittsrecht kommt er ebenfalls auf Grund des § 276, und zwar in Verbindung mit § 242. Ebenso konstruiert auch Dernburg.[2])

Jedoch muß diese Theorie als abwegig bezeichnet werden. Einmal ist, wie oben festgestellt, § 276 an sich schon nicht geeignet, die Haftungsgrundlage abzugeben,

1) § 325 I Ic S. 498.
2) DJZ. 1903 S. 1 ff.

weil er lediglich eine Definition der zivilrechtlichen Schuld enthält. Und ferner kann § 242 keine Rechtsfolge eintreten lassen, also auch nicht das Rücktrittsrecht, denn § 242 ist seiner Natur nach nur dazu bestimmt, hinsichtlich Ort, Zeit und Gegenstand die Leistung des Schuldners zu charakterisieren. Es wird hier nur gesagt, wie der Schuldner zu leisten hat, bzw. wann der Gläubiger eine Leistung als nicht vertragsmäßig behandeln darf. Nicht festgelegt ist damit aber, welche Rechte dem Gläubiger zustehen, wenn der Schuldner solcherart nicht leistet. Diese Rechte sind vielmehr in den Paragraphen über die Unmöglichkeit und dem Verzug bestimmt.

Somit bietet das positive Gesetz nicht die Möglichkeit, unmittelbar das Rücktrittsrecht und den Anspruch auf Totalschadensersatz zu gewähren.

Die Vertreter der zweiten Gruppe gewähren jene Rechte auf Grund analoger Anwendung eines bestimmten Rechtsinstitutes. Die Meinungen sind hier insofern geteilt, als der eine Teil § 325[3]) der andere Teil § 326[4]) entsprechend anwenden will. Die analoge Anwendung des § 326 muß aber als die herrschende und, wie noch darzulegen ist, richtigere bezeichnet werden; sie wird in erster Linie von Staub und dem Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten. Dieser Gruppe, die hier zur Gesetzesanalogie aus § 325 oder § 326 greift, steht eine weitere Gruppe gegenüber, welche sich auf § 325 und § 326 beruft.[5]) [6]) Man muß sie wohl dogmatisch als die dritte Gruppe auffassen und in ihrer Theorie die Anwendung der Rechtsanalogie erblicken. Allerdings ganz unzweifelhaft ist hier die Klassifizierung nicht, wie überhaupt die Abgrenzung der Rechts- und Gesetzesanalogie von einander nicht ganz eindeutig klar erfolgen kann. Eine scharfe Abgrenzung kann im vorliegenden Fall auch deshalb nicht erfolgen, weil die meisten sich nicht übermäßig präzise erklären und, wenn sie hinsichtlich des Haftungsgrundes sich auf einen allgemeinen, aus § 325 und § 326 erkennbaren Rechtssatz berufen, dann hinsichtlich der Haf-

3) Planck 1914 § 325 Abs. 4 S. 386; Oertmann § 325 S. 287/88.
4) Staub S. 19 ff; RG. z. B. RG. 54; 102; 93, 286; Warneyer § 326 XII S. 592; Fischer-Henle § 326 Abs. 9 S. 267; Müller, Bad. Rspr. 03 S. 334; Remelé, Recht 1912 S. 569; Frankenburger, SeuffBl. 09 S. 761.
5) Enneccerus § 55 II S. 192; Löwenwarter § 326 S. 182; Schmidt § 70 S. 175. 6) Staudinger § 325 II c S. 498, § 242.

tungsfolgen die analoge Anwendung des § 326 vorschlagen.[7]) Rein praktisch ist hier der Streit völlig bedeutungslos. Denn darüber ist man sich einig, daß sowohl der Schadensersatzanspruch als auch das Rücktrittsrecht überhaupt zu gewähren sind, und zwar ohne Fristsetzung und Androhung[8]) und nur dann, wenn der Vertragszweck erheblich gefährdet ist.

Staub kommt hier zur analogen Anwendung des § 326 aus denselben Gründen wie zur analogen Anwendung des § 286 für den Anspruch auf Einzelschadensersatz.[9]) Ihm ist deshalb auch hier beizutreten. Er formuliert folgendermaßen: „Unter einer positiven Vertragsverletzung ist ein vom Schuldner zu vertretender Verstoß in der Vertragserfüllung zu verstehen, der sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse der Vertragschließenden also so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teil nach den Umständen des Falles bei billiger Beurteilung die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, daß also, um es kurz zu sagen, der Vertragszweck gefährdet ist."[10]) Diese Formulierung hat nur, worauf Staudinger[11]) mit Recht hinweist, den einen Fehler, daß sie sich auf alle positiven Vertragsverletzungen beziehen soll, in Wirklichkeit aber nur auf die Fälle abgestellt ist, in denen das Rücktrittsrecht oder der Anspruch auf Totalschadensersatz gewährt werden soll. Denn wenn nur Einzelschadensersatz gewährt werden soll, verlangt auch Staub nirgends, daß der Vertragszweck gefährdet sein müsse. Ueberhaupt ist es nicht gerade sehr befriedigend, wenn man einen Begriff je nach den anzuwendenden Haftungsfolgen verschieden formuliert. Jedoch wird sich ein einheitlicher Begriff hier überhaupt nicht finden lassen. Richtiger wird man wohl dahin formulieren müssen, daß eine positive Vertragsverletzung dann gegeben ist, wenn der Schuldner seiner Vertragspflicht schuldhaft positiv zuwiderhandelt, sei es z. B. durch eine mangelhafte Erfüllungshandlung, sei es durch die bestimmte und ernsthafte Erklärung, nicht erfüllen zu wollen, und daß dieses Ver-

7) Soerge § 326 H S. 517.
8) Lehmann, ArchZivPrax. 96, 112 ff. A. A. Brecht, IheringsJ. 53, 252; 54, 83 ff.
9) Staub S. 14 und 19 ff.
10) Staub-Könige Anh. zu § 374 HGB. S. 1177.
11) § 325 I I c S. 500.

halten zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet; daß aber ein Anspruch auf Totalschadensersatz und das Rücktrittsrecht nur dann gegeben sind, wenn darüber hinaus die oben genannte Gefährdung vorliegt. Diese Fassung schafft zwar auch keinen völlig einheitlichen Begriff, ist aber deutlicher.

Genau so wie Staub formuliert das Reichsgericht hinsichtlich der hier in Rede stehenden Folgen in ständiger Rechtsprechung[12]) bei analoger Anwendung des § 326. Nur früher einmal war das Reichsgericht zum Rücktrittsrecht auf einem anderen Wege gekommen. In seiner vielfach, besonders von Dernburg[13]) angegriffenen Entscheidung vom 17. Dezember 1901 hatte das Reichsgericht es offenbar noch nicht gewagt, zur Analogie zu greifen. Der Entscheidung lag ein schlecht erfüllter Sukzessivlieferungsvertrag zugrunde; in ihr wird ausgeführt: „Es hat als selbstverständlich bedungen zu gelten, daß fortgesetzt gut zu liefern, anderenfalls der Rücktritt gestattet sei." Wie Dernburg überzeugend ausführt, wird nichts weniger in der Absicht der Parteien, insbesondere des Lieferanten gelegen haben, als ein derartiges Rücktrittsrecht vertraglich zu vereinbaren. Jedoch ist dieser Entscheidung keine sonderliche Bedeutung beizumessen. Sie war, wie öfters bei neuauftauchenden Problemen, ein erster Versuch, zu einer gerechten Lösung zu kommen, ohne sich sofort auf eine präzise Theorie festlegen zu müssen. Der Weg ist unzulässig. Eine reine Rechtsfrage darf nur rein rechtlich gelöst und ihr nicht dadurch aus dem Wege gegangen werden, daß man am Tatsächlichen so lange deutet, bis das Problem keins mehr ist.

Der von Staub und vom Reichsgericht seit der Entscheidung im 54. Bande[14]) ständig vertretenen analogen Anwendung des § 326 ist entgegengehalten worden, daß sie nur dann zulässig wäre, wenn die den Vertragszweck gefährdende positive Vertragsverletzung die gleiche Lage schaffen würde, wie der Verzug. Der Verzug allein bewirke aber noch keine Gefährdung, aus § 326 gehe vielmehr hervor, daß der Vertragszweck erst dann als gefährdet angesehen werden solle, wenn die Nachfrist fruchtlos abge-

12) RG. 54, 102; 57, 115; 63, 297; 93, 286. Ebenso RGR. Komm. zu § 325 Abs. 4 S. 526.
13) Dernburg, DJZ. 1902 S. 118.
14) S. 102 ff.

laufen sei. Daß dies richtig sei, gäben das Reichsgericht und Staub auch dadurch zu, daß sie von einer Nachfristsetzung absähen. Da aber nun so eingestandenermaßen die den Vertragszweck gefährdenden positiven Vertragsverletzungen nicht dem Verzuge als solchem analog lägen, sondern erst dann, wenn die Nachfrist abgelaufen sei, könne § 326 nicht analog angewendet werden.

Diese von Lesser[15]) sehr eingehend vorgetragenen Gründe sind nicht frei von Spitzfindigkeiten und gehen fehl. Es ist unerfindlich, weshalb Lesser aus dem § 326 das Tatbestandsmerkmal des Verzuges herausgreift und dieses allein mit den den Vertragszweck gefährdenden positiven Vertragsverletzungen vergleicht. Aber auch hierbei kann man schon durchaus mit Recht feststellen, daß der Verzug allein schon immer den Vertragszweck gefährdet, wenn auch je nach näheren Umständen in mehr oder minder erheblicher Weise. Aber es soll ja gar nicht „der Verzug" analog angewendet werden, sondern § 326 Abs. 1, d. h. die Rechtsfolgen, wie sie beim Verzug nach fristloser Androhung und Nachfristsetzung zulässig sind. Es muß also die gefährdende positive Vertragsverletzung mit dem Verzuge nach Ablauf der Nachfrist verglichen werden. In diesem Falle gibt auch Lesser zu, daß nun unzweifelhaft — wenn auch „erst" — der Vertragszweck gefährdet ist. Demnach liegen beide Fälle analog, denn vor der positiven Vertragsverletzung wird ja gerade verlangt, daß sie den Vertragszweck gefährdet. Deshalb kann mit Recht von der Nachfristsetzung abgesehen werden, weil, um es nochmals zu sagen, die den Vertragszweck gefährdende positive Vertragsverletzung die gleiche Rechtslage geschaffen hat wie der Verzug nach erfolgloser Nachfristsetzung. Lesser scheint nicht richtig verstanden zu haben, daß die Nachfristsetzung in § 326 dem Gläubiger nur den Beweis der Gefährdung ersparen und nicht damit gesagt sein soll, daß der Vertragszweck nicht auch schon vorher bei bloßem Verzuge gefährdet sein könne. Wenn z. B. ein Schuldner am 1. Januar einen bestimmten Gegenstand liefern soll und er am 2. Januar anfängt, Vorbereitungen zur Vernichtung oder zum anderweitigen Verkauf desselben zu treffen, dann ist doch der Vertragszweck nicht erst dann gefährdet, wenn der Gläubiger die Nachfrist setzt. Auf alle Fälle

15) Lesser S. 38 ff.

aber ist es abzulehnen, daß etwa auch bei analoger Anwendung des § 326 die Gefährdung des Vertragszweckes nur durch die erfolglose Nachfristsetzung bewiesen werden könne.

Wenn nun der von Lesser gemachte Einwand auch nicht durchgreift, so gilt das gleiche von der von Staub[16]) gegebenen Begründung für ein Absehen von der Fristsetzung: Die Natur der Sache passe nicht darauf, die positive Vertragsverletzung breche unerwartet herein, nur der Unterlassung könne ein Ziel und deshalb eine Frist gesetzt werden. Der wahre Grund für das Absehen von der Nachfristsetzung liegt vielmehr, wie das Reichsgericht in Band 54, S. 102 ff. angedeutet hat, darin, daß die den Vertragszweck gefährdenden positiven Vertragsverletzungen genau die gleiche Rechtslage schaffen, wie der Verzug nach Ablauf der Nachfrist.

Nach alledem ist die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 326 nicht erschüttert und der analogen Anwendung des § 325 aus denselben prinzipiellen Gründen vorzuziehen wie der des § 280. Desgleichen muß auch die Rechtsanalogie aus § 325 und § 326 als ausgeschlossen, zum mindesten aber als nicht erforderlich bezeichnet werden.

Auch die Gründe, welche von den Vertretern der vierten Gruppe gegen die analoge Anwendung des § 326 angeführt werden, können nicht durchgreifen. Sie richten sich in erster Linie gegen die Gewährung des Rücktrittsrechtes bei den Sukzessivlieferungsverträgen. So meint Müller-Erzbach,[17]) wenn man § 326 überhaupt analog zur Begründung des Rücktrittsrechts oder des Totalschadensersatzanspruchs anwende, dann müsse konsequenterweise auch jeder Verstoß gegen die Leistungspflicht genügen und der ganze Vertrag aufgehoben werden, sowohl hinsichtlich der vergangenen einwandfreien Teillieferungen als auch hinsichtlich der noch ausstehenden. Eine Aufhebung des Vertrages bezüglich der in Ordnung gegangenen früheren Raten sei aber niemals mit der Erklärung des Rücktrittes beabsichtigt, wäre auch von der herrschenden Lehre nicht zugelassen. Das Reichsgericht habe mit seiner Theorie nicht ein Rücktrittsrecht, sondern praktisch ein Kündigungsrecht gewährt. Wenn man aber das Rücktrittsrecht gewähre,

16) S. 21.
17) DJZ. 1903 S. 1158 ff.; vgl. Krückmann, ArchZivPrax. 101,238.

müsse man auch annehmen, daß es den ganzen Vertrag erfasse. Da dies aber verständigerweise nie gewollt und das Rücktrittsrecht im eigentlichen Sinne nicht helfen könne, müsse man im Wege der freien Lückenausfüllung ein ausdrückliches Kündigungsrecht gewähren.

Die Ausführungen Müller-Erzbachs haben auf den ersten Blick etwas Bestechendes für sich. Denn tatsächlich kommt das vom Reichsgericht und der herrschenden Lehre gewährte „eingeschränkte" Rücktrittsrecht praktisch einem Kündigungsrecht gleich; der Vertrag bleibt für die Vergangenheit, d. h. hinsichtlich der ordnungsmäßig gelieferten Raten unberührt.[18]) Allerdings dürfte bezüglich der Rückforderungsansprüche, z. B. des Käufers, der künftige Raten im voraus bezahlt hatte, sich ein Unterschied ergeben. Im Falle des Rücktritts hat der Rückforderungsanspruch seine Grundlage in den §§ 346 ff., im Falle des Kündigungsrechtes nur in den §§ 812 ff.

Dieses von Müller-Erzbach[19]) vorgeschlagene Kündigungsrecht kann aber nicht gebilligt werden. Einmal halte ich, wie oben ausgeführt, überhaupt die Ergänzung des Gesetzes im Wege der freien Lückenausfüllung für unzulässig, und ferner läßt sich auch das „eingeschränkte" Rücktrittsrecht bei Sukzessivlieferungsgeschäften ganz zwangslos begründen. Bei diesen Verträgen handelt es sich um verselbständigte Leistungen, die miteinander nur soviel zu tun haben, als sie auf einem gemeinsamen Vertrage beruhen. Ihrer Natur nach vertragen sie eine gesonderte Behandlung, eben weil sie selbständig sind.[20])

Daß der Rücktritt die eine mangelhafte oder die mehreren Raten erfaßt, ist klar. Aber auch die künftigen sollen und werden erfaßt. Dies aber nach der allgemeinen Regel nur dann, wenn auf Grund der mangelhaften Lieferung und der sonstigen Umstände die ernsthafte Besorgnis begründet ist, daß auch alle künftigen Lieferungen ebenso mangelhaft ausfüllen würden, d. h. wenn auch insoweit der Vertragszweck gefährdet ist. Unter dieser Voraussetzung ist es keineswegs eine Unbilligkeit, auch schon bei einer einzigen mangelhaften Lieferung den Rücktritt ohne Androhung und

18) RG. 58, 419; 61, 128; 65 49; RGRKomm. § 325 S. 527; Oertmann § 325 Anm. 6 S. 201.

19) Ebenso v. Gierke in IheringsJ. 64, 390 ff., Brodmann, Ehrenbergs Hb. f. d. ges. Handelsrecht IV., 2 S. 324 ff.

20) Das RG. und RGRKomm. wie oben.

Fristsetzung zuzulassen,[21]) denn, das verschweigt Müller-Erzbach, die eine Rate muß ja schon mangelhaft sein darüber hinaus die begründete Besorgnis bestehen, daß auch die noch ausstehenden Raten ebenso schlecht geliefert werden würden.[22]) Wann nun der Vertragszweck in solchem Sinne gefährdet ist, ist Tatfrage und wird in manchen Fällen nicht leicht zu beantworten sein. Auf alle Fälle wird man strenge Anforderungen an den Begriff der Gefährdung stellen müssen.[23]) Die bloße Möglichkeit, daß ein Lieferant, welcher früher einmal nicht ganz einwandfreie Stoffe verwendet hat, wieder solche vertragswidrigen Stoffe verwenden werde, kann nicht genügen.[24]) Wohl aber kann z. B. das Bestreiten der Vertragswidrigkeit mangelhafter Teillieferungen und der Wille des Verkäufers, den Rest in gleicher Weise zu liefern, ausreichen.

Nach alledem steht die Rechtsgrundlage für die Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzungen in den §§ 286 und 326 BGB. in analoger Anwendung fest. Der Gläubiger hat sonach drei Möglichkeiten. Er kann: 1. Erfüllung nebst Ersatz des ihm durch die positive Vertragsverletzung entstandenen Schadens verlangen (Einzelschadensersatz) — es gibt keine gesetzliche Bestimmung, die den Gläubiger hinderte, auf seinem Erfüllungsanspruch zu verharren.[25]) 2. Im Falle der Gefährdung des Vertragszweckes statt der Erfüllung Schadensersatz hinsichtlich des ganzen Vertrages fordern (Totalschadensersatz) oder 3. vom Vertrage zurücktreten. Verlangt der Gläubiger Erfüllung, mit oder ohne den Einzelschadensersatz, so ist dies noch keine endgültige Festlegung, er kann immer noch zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder zum Rücktritt übergehen.[26]) Desgleichen ist keine Bindung eingetreten, wenn der Gläubiger statt der Erfüllung Schadensersatz hinsichtlich des ganzen Vertrages fordert, er kann selbst während des Prozesses noch

21) RG. 104, 41 ff; 67, 7 f; RGRKomm. § 326 I c S. 532; ebenso Lesser S. 51 ff. mit eingehenden Ausführungen. Staub-Könige Anh. zu § 374 HGB. Anm. 189—192.

22) RG. Recht 1913 Nr. 918, LZ. 1913 S. 485; Warneyer § 326 XI S. 591; Staudinger § 325 I I c S. 498.

23) Soergel § 326 J S. 520; RG. 76, 152 ff; RG.

24) RG.Recht 09 Nr. 439; ferner Nr. 3739, Hamburg HansRZ. 22. 286.

25) Löwenwärter § 326 S. 182; RG. 106, 93; Achilles-Greiff S. 158 § 326 Abs. 9.

26) Löwenwärter § 326 S. 183; RG. 102, 262; vgl. auch RH. 109, 136.

den Rücktritt wählen[27]) — niemals aber mehr Erfüllung — denn jenes Verlangen wie das Erfüllungsbegehren haben keine rechtsgestaltende Wirkung. Ein Ausschluß dieses Ueberganges ist ausnahmsweise nur dann anzunehmen, wenn ganz besondere Umstände dies rechtfertigen, z. B. der Schuldner den Schadensersatzanspruch sofort anerkennt und den Betrag anbietet.[28]) Hat aber der Gläubiger einmal den Rücktritt gewählt, dann ist die Wahl unabänderlich, sowohl der Erfüllungsanspruch wie der Schadensersatzanspruch sind ausgeschlossen.[29]) Denn durch den Rücktritt ist der Vertrag aufgelöst worden, so daß auf seiner Grundlage andere Rechte nicht mehr geltend gemacht werden können.

Schwierig kann mitunter die Auslegung der Wahlerklärung des Gläubigers sein. Erklärt er z. B., er trete zurück und verlange Schadensersatz, dann ist Totalschadensersatz als gewählt anzusehen.[30]) Doch wird dadurch wieder nicht das Uebergehen zum Rücktritt ausgeschlossen.

IV. Die Erfüllungsverweigerung.

Die Ausführungen in den vorstehenden Abschnitten fanden ausschließlich an Hand der Fälle der sogenannten Schlechterfüllung statt. Diese sind zwar die Hauptfälle der positiven Vertragsverletzungen, erschöpfen sie aber nicht. Die Wissenschaft und Rechtsprechung hat nämlich in Fortbildung der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen noch Fälle gefunden, in denen auf den ersten Blick die wesentlichen Merkmale einer positiven Vertragsverletzung nicht vorzuliegen scheinen, dennoch aber zu ihnen gehören. Es sind dies Fälle, in denen ein Schuldner ernsthaft und endgültig erklärt, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen. Der Schuldner erklärt beispielsweise, der Vertrag sei nichtig,

27) RG. 85, 280; 109, 186; 10, 265; JW. 1924 S. 813; Löwenwarter § 326 S. 182; Soergel § 326 B I S. 507; Staudinger § 326 B I 3 bb S. 517; Fischer-Henle § 326 Anm. 10 S. 267; Achilles-Greiff § 326 Anm. 8 S. 158; Planck 1914 § 326 I bb.

28) Planck 1907 § 325 2 S. 153.

29) RG. 85, 280; 102, 264/65; DJZ. 1911 S. 206; Löwenwarter § 326 S. 182; Soergel § 326 B I S. 507; Staudinger § 326 B I 3 bb S. 517; Achilles-Greiff § 326 Anm. 8 S. 158; Fischer-Henle § 326 Anm. 10 S. 267; Planck 1907 § 325 1 b S. 151.

30) RG. in JW. 1926, 2906; RGRKomm. § 326 Abs. 2 S. 534. Soergel § 326 B I S. 507; Löwenwarter § 326 S. 182.

gar nicht zustande gekommen oder er annulliere ihn. Dies sind im wesentlichen die Formeln, deren sich der Schuldner bedient. Unter Umständen wird eine solche Erklärung des Schuldners auch in einer konkludenten Handlung zu finden sein, wenn er z. B. als Inhaber einer Gastwirtschaft einfach seinen Betrieb endgültig schließt, obwohl er einen noch auf Jahre lautenden Bierabnahmevertrag abgeschlossen hat.[1]) Diese Erklärung kann der Schuldner abgeben, wenn er im Verzug ist, aber natürlich auch schon früher, z. B. vor Eintritt des Verzuges oder gar schon vor der Fälligkeit.

Man ist sich in Wissenschaft und Rechtsprechung jetzt darüber einig geworden, daß diese Fälle eine alsbaldige Ahndung finden müßten und es hierfür grundsätzlich gleichgültig sei, wann der Schuldner eine derartige Erklärung abgebe. Man erkannte zutreffend, daß es für den Gläubiger eine schwere Unbilligkeit wäre, wollte man ihm zumuten, die Fälligkeit, den Verzug und schließlich den Ablauf der Nachfrist abzuwarten. Denn es liegt auf der Hand, daß der Gläubiger, wollte man streng nach § 326 vorgehen, vom Augenblick jener Erklärung ab mit gebundenen Händen dastünde. Hat er nämlich die vom Schuldner zu liefernde Ware bereits anderweit verkauft, so läuft er Gefahr, infolge des Verhaltens des Schuldners seinerseits nicht pünktlich oder überhaupt nicht liefern zu können. Andererseits kann er aber auch keinen Deckungskauf vornehmen, da er immerhin damit rechnen muß, daß sich der Schuldner noch vor Ablauf der Nachfrist vielleicht zur Leistung entschließen wird.

Von den verschiedenen Versuchen, dem Gläubiger sofort nach Erhalt jener Erklärung den Anspruch auf Totalschadensersatz oder das Rücktrittsrecht zu gewähren, sei die Entscheidung des Reichsgerichts im 51. Bande S. 349 ff. erwähnt. Das Reichsgericht kam zu einer direkten Anwendung des § 326. Es erkannte zwar an, daß der Wortlaut des § 326 gerade nicht für ein Absehen von der Nachfristsetzung spreche und daß gerade § 326 Abs 2 die einzige Ausnahme hiervon sei, es gab auch zu, daß nach § 295 grundsätzlich erst durch ein wörtliches Angebot Verzug eintrete. Doch sah es von diesen Bedenken deshalb ab, weil § 326 dispositives Recht sei. Verweigere nämlich der Schuldner die Erfüllung, so verzichte er auf die Nachfrist-

1) Staub-Müller S. 65.

setzung, melde nun der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch an, oder erklärt er den Rücktritt, so nehme er jene Verzichtserklärung an. Wegen dieses somit geschlossenen Vertrages sei die Nachfristsetzung überflüssig. Denn es seien nun die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 Satz 2 gegeben.[2])

Diese Entscheidung erinnert lebhaft an das Urteil vom 17. Dezember 1901, in welchem das Reichsgericht den Rücktritt von einem Sukzessivlieferungsvertrage auf Grund einer etwas gewaltsamen Vertragsauslegung für zulässig erachtete. Auch hier operiert das Reichsgericht zu sehr mit Parteierklärungen, welche in jener Form sicherlich nicht dem Parteiwillen entsprochen haben. Diese Lösungsweise, welche besonders von Staub[3]) und Oertmann[4]) bekämpft wurde, hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 57. Bande S. 112 aufgegeben. Es sieht von nun an in ständiger Rechtsprechung[5]) in den Fällen der ernsthaften Erfüllungsverweigerung durch analoge Anwendung des § 326 zu lösende positive Vertragsverletzungen. Dieser Meinung hat sich auch Staub[6]) angeschlossen. Sie bildet seitdem die herrschende Meinung.[7])

Tatsächlich handelt es sich hier auch um eine echte positive Vertragsverletzung. Die Staubsche Formel[8]), der ich mich angeschlossen hatte, lautet: „.... Fälle, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt." Staub[9]) meint, das bloße Unterlassen sei abstrakt noch keine positive Vertragsverletzung, denn es fehle an dem positiven Element, dem Handeln. Sei dieses Unterlassen aber ein Sichlossagen vom ganzen Vertrage, so liege kein Unterlassen mehr vor, sondern ein positiver Eingriff in die Rechte des Gläubigers, getätigt durch die ausdrückliche Erklärung des Schuldners. Diese Erklärung müsse aber unberechtigt und derart ernst-

2) RG. 52, 152 ff; 53, 13 ff.
3) S. 61 ff.
4) § 326 Abs. 4 S. 206.
5) RG. 67, 317; 70, 380; 90, 318; 102, 266; 104, 277; 108, 69 109, 137. Ferner JW. 1913 S. 918.
6) S. 60 ff., Staub-Könige Anh. zu § 374 Anm. 185 b S. 1186.
7) Dernburg § 98 IV 1 S. 255; Warneyer § 326 XII S. 592/93; Achilles-Greiff § 326 S. 156; Staudinger § 326 II 2 S. 529 ff.; Enneccerus § 55 I S. 191; Soergel § 326 II S. 646; Endemann, DJZ. 03 S. 161; Lesser S. 64 ff. und 73.
8) S. 59 ff.

haft und endgültig sein, daß dem Gläubiger bei verständiger Würdigung des Falles eine Warnung und Nachfristsetzung wegen ihrer offensichtlichen Zwecklosigkeit nicht mehr zugemutet werden könne. M. a. W., es muß also nach der allgemeinen Regel der Vertragszweck erheblich gefährdet sein.[10]) Ebenso deduziert auch das Reichsgericht seit seiner Entscheidung im 57. Bande S. 112 ff. in ständiger Rechtsprechung[11]) und die herrschende Lehre.[11]) Auch Oertmann[12]) macht hiervon keine Ausnahme, wenn er auch sagt, daß das Entscheidende nicht die Erfüllungsverweigerung, sondern der Vertragsbruch des Schuldners sei.

Wann nun die Weigerung des Schuldners unberechtigt und der Vertragszweck wirklich gefährdet ist, ist Tatfrage, und Aufgabe vorliegender Abhandlung kann es nicht sein, hierzu Kasuistik zu geben; jedenfalls aber sind strenge Anforderungen an jene beiden Begriffe zu richten[13]). Im folgenden seien die Grundzüge angegeben. Ob die Weigerung unberechtigt war, hat der Richter später im Prozeß nach Lage des Falles in objektivem Sinne zu entscheiden. Anders liegt die Frage, ob die Weigerung ernsthaft und endgültig war. Hier kommt es nicht allein darauf an, daß sie es wirklich und der Vertragszweck infolgedessen tatsächlich gefährdet war, vielmehr ist es schon ausreichend, daß damals der Gläubiger nach den näheren Umständen des Falles nach Treu und Glauben subjektiv der Meinung sein durfte, daß die Weigerung des Schuldners endgültig sein würde.[14]) Denn der Gläubiger muß, besonders wenn er seinerseits schon Verpflichtungen hinsichtlich der fraglichen Leistung anderweit eingegangen ist, ein klares Bild vor Augen haben. So wie ihm die Sach- und Rechtslage bei verständiger Würdigung erscheint, so muß sie zu seinen Gunsten als tatsächlich gelten.[15]) Der Schuldner hat die Pflicht, den Gläubiger nicht durch irgendwelche ungerechtfertigten und dem Gläubiger vielleicht zweideutigen Maßnahmen zu begegnen. Tut er dies dennoch, so ist dies seine Sache, und er muß es sich anrechnen lassen, wenn der Gläubiger daraufhin — objektiv irrtümlich oder nicht — Schritte er-

10) Staub-Könige Anh. zu § 374 HGB. Anm. 185 b S. 1186.
11) § vgl. Anm. 4 S. 64 dieser Abhandlung, ebenso Anm. 6.
12) § 326 Abs. 4 S. 297.
13) RG. 102 S. 266.
14) Oertmann § 326, S. 297; RG. in JW. 18, 551 Z. 4.
15) Staub-Könige Anh. zu § 374 Anm. 185 b S. 1186; RG. in JW. 1910 12 16, 1918, 5514.

greift, die der Erklärung des Schuldners entsprechen und zur Auflösung des Vertrages führen.

Da nun die Erfüllungsverweigerung des Schuldners eine positive Vertragsverletzung ist, ergibt sich ihre Behandlung aus § 326. Damit steht auch fest, daß eine Nachfrist überflüssig ist. Staub[16]) hat nun aber darauf hingewiesen, daß es auch Fälle gäbe, in denen der Schuldner etwas Aehnliches tun müsse. In den Fällen nämlich, in denen der Gläubiger im Zweifel sein muß, ob die Verweigerung des Schuldners wirklich ernsthaft und endgültig ist, müsse er dem Schuldner einen Hinweis auf die Folgen zukommen lassen. Dies bedeutet natürlich keine Einschränkung des Grundsatzes, daß bei positiven Vertragsverletzungen der Gläubiger von der Androhung und Nachfristsetzung absehen kann, sondern ergibt sich aus dem vorher gesagten. Denn hat der Gläubiger Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Weigerung, dann ist er eben nach Treu und Glauben nicht der Meinung, daß die Weigerung endgültig sei. Unter solchen Umständen darf er ja nie Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Wenn er aber eine solche Warnung an den Schuldner erlassen hat, dann kann man erst sagen, daß der Gläubiger bei verständiger Würdigung des Falles, insbesondere nun der Nichtbeantwortung jener Mitteilung, der Meinung sein darf, der Schuldner wolle niemals leisten.

Zum Begriffe der Gefährdung des Vertragszweckes gehört es auch hier, daß die Weigerung sich auf einen wesentlichen Vertragsteil bezieht. Die positive Vertragsverletzung muß also die Hauptverpflichtung betreffen. Bezieht sie sich nur auf eine Nebenverpflichtung, wie z. B. den Abruf, die Abnahme oder ähnliches, dann ist sie nicht geeignet, ohne Androhung und Nachfristsetzung die Rechte aus § 326 zu gewähren. Anders liegt der Fall natürlich, wenn diese eigentlichen Nebenverpflichtungen nach dem Inhalte des Vertrages zur Hauptverpflichtung erhoben sind. Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Schuldner sich weigert, den Vertrag in einen Bestandteil an sich geringerer Bedeutung zu erfüllen, er aber weiß, daß der Gläubiger ein besonderes Interesse an der vertragsmäßigen Erfüllung hat.

Um zusammenzufassen: die Erfüllungsverweigerung ist dann eine positive Vertragsverletzung und zieht dann ohne

16) s. Anm. 14.

Androhung und Nachfristsetzung die Folgen aus § 326 nach sich, wenn: die Weigerung ernsthaft und endgültig ist oder wenigstens dem Gläubiger nach Treu und Glauben bei verständiger Würdigung der Umstände so erscheinen durfte, und wenn sie einen objektiv oder dem Schuldner bekanntermaßen für den Gläubiger wesentlichen Vertragsbestandteil betrifft.

C. Die beiderseitigen positiven Vertragsverletzungen.

Die Betrachtungen in den vorangegangenen Abschnitten fanden unter der Voraussetzung statt, daß nur der eine Vertragsteil sich hatte eine positive Vertragsverletzung zuschulden kommen lassen, während der andere Vertragsteil vertragstreu war, sich also weder im Verzuge befand, noch seinerseits eine positive Vertragsverletzung begangen hatte. Es wurde festgestellt, daß dem vertragstreuen Teile drei Rechte zustehen. Er kann Schadensersatz neben der Erfüllung und in den Fällen, in denen die positive Vertragsverletzung den Vertragszweck gefährdet, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung (genauer: Verletzung) des ganzen Vertrages verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

Es fragt sich nun, ob diese Rechte aus § 276 bzw. § 286 in analoger Anwendung einerseits und § 326 in analoger Anwendung andererseits auch dem Vertragsteile zustehen, der selbst vertragsuntreu ist. In Literatur und Rechtsprechung ist diese Frage wenig behandelt. Die Stellungnahme zu ihr erschöpft sich meistens in der ohne nähere Begründung gegebenen Formel wie: „Eigene Vertragstreue ist Voraussetzung des Anspruchs wegen positiver Vertragsverletzungen“ (Soergel[1]), „Wer selbst vertragsuntreu ist, kann auch aus der Vertragsuntreue des Gegners keinerlei Rechte herleiten“ (RGR. Komm.[2]), „Ganz besonders hebt sie (die herrschende Meinung) hervor, daß Rechte aus positiver Vertragsverletzung nur geltend machen kann, wer selbst durchaus vertragstreu ist“ (Staudinger[3]). Ebenso formulieren Staub[4]), Warneyer[5]), Achilles-Greiff[6]), Oertmann[7]), Löwenwarter[8]) und das Reichsgericht in früheren Entscheidungen.[9]) Im Ergebnis der gleichen Ansicht sind auch offenbar alle übrigen, sie scheinen dieses für so selbstverständlich zu halten, daß sie es ausdrücklich nicht hervorheben, so z. B. Remelé[10]) und Fischer-Henle.[11])

---

1) § 326 H Abs. 4 S. 658.
2) § 326 1 bb S. 532.
3) § 325 I 1 c S. 499.
4) Staub-Koenige § 374 Anm. 179 S. 1181. 5) § 326 XII S. 593.
6) § 323 Vorbem. 5 S. 151; 7) Oertmann § 325 Abs. 6 S. 687.
8) § 326 S. 182 ff. 9) RG. 67, 314 ff.
10) Recht 1912 S. 569—571. 11) § 326 Anm. 9 S. 267.

Aus der mitgeteilten Formel kann allerdings nicht zweifelsfrei entnommen werden, ob dem ebenfalls vertragsuntreuen Teile überhaupt keine Rechte oder nur die Rechte aus § 326 nicht zustehen sollen. Insofern ist der Wissenschaft und Rechtsprechung zuzustimmen. Denn die Ausschaltung des Rücktrittsrechtes und des Anspruches auf Totalschadensersatz folgen aus der analogen Anwendung des § 326 auf die positiven Vertragsverletzungen. Die Voraussetzungen, die dort im Falle des Schuldnerverzugs gegeben sein müssen, müssen auch im Falle einer positiven Vertragsverletzung vorliegen, sofern das Rücktrittsrecht oder der Anspruch auf Totalschadensersatz die Folge sein sollen. Denn nur von der Androhung und Nachfristsetzung tritt bei positiven Vertragsverletzungen Befreiung ein, da ja die Lage bei einer der Vertragszweck gefährdenden positiven Vertragsverletzung schon die gleiche ist wie beim Verzuge nach Ablauf der Nachfrist. Im übrigen aber müssen — was hier interessiert, — auf der Gläubigerseite die gleichen Voraussetzungen vorliegen wie im Falle des Verzuges bei der Nachfristsetzung.[12])

Im Falle des Schuldnerverzuges muß nun, allgemein gesprochen, der Gläubiger selbst vollständig vertragstreu sein. Er muß zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung imstande sein, muß einer etwaigen Vorleistungspflicht nachgekommen sein und darf sich nicht selbst im Verzuge befinden. Desgleichen verlangt es der auch für § 326 wie überhaupt für das gesamte bürgerliche Recht geltende Grundsatz von Treu und Glauben, daß der Gläubiger sich bei der Androhung und Nachfristsetzung vollständig an den Vertrag hält, z. B. hinsichtlich des Zeitpunktes und der Länge der Frist. Anderenfalls treten mit dem Ablauf der Nachfrist die Wirkungen des § 326 nicht ein, d. h. der Gläubiger kann weder Schadensersatz verlangen, noch vom Vertrage zurücktreten.[13])

---

12) Staub-Koenige § 374 HGB. Anm. 179 S. 1811; RG. 67, 317; 92, 216 f.; JW. 1913 S. 196 Ziff. 6 und S. 918 Ziff. 13; LZ. 1912 LS. 543, 16.

13) Staub-Koenige wie zu Anm. 12; Staudinger § 326 1 d S. 513; Soergel § 326 B I S. 501, 502 und B III S. 637; Warneyer § 326 III S. 580 ff.; Löwenwarter § 326 S. 181; Schmidt § 70 S. 176; Oertmann § 326 1 a S. 290; Achilles-Greiff § 326 Anm. 6 S. 156; Remelé, Recht 1912 S. 571; RG. JW. 1914 S. 921; LZ. 1915 Sp. 354; Recht 1922 Nr. 816; WarnEntsch. 1925 Nr. 48; DJZ. 1923 S. 111.

Die gleichen Voraussetzungen müssen auch vorliegen, wenn die Rechte aus § 326 wegen positiver Vertragsverletzungen geltend gemacht werden sollen. Der Vertragsteil, der diese Rechte geltend machen will, darf also weder im Verzuge sein, noch selbst eine positive Vertragsverletzung begangen haben. Haben nun beide Teile den Vertrag verletzt, so spielt es keine Rolle, wer zuerst vertragsuntreu geworden ist.[14]) Auch ist es grundsätzlich gleichgültig, ob der eine Teil den Vertrag schwerer als der andere verletzt hat.[15]) Ist allerdings die Vertragsverletzung des einen Teiles nach Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände ganz geringfügiger Natur, so kann sie außer Betracht bleiben, und es können diesem Teile gegen den anderen Teil doch alle Rechte aus § 326 wegen dessen positiver Vertragsverletzung gewährt werden.[16]) Dies folgt aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, wie er z. B. auch in § 320 dahin zum Ausdruck gekommen ist, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht wegen verhältnismäßig geringfügiger Rückstände ausgeübt werden darf. Daß in den anderen Fällen weder ein Rücktrittsrecht noch ein Anspruch auf Totalschadensersatz nicht gewährt wird, entspricht vollkommen der Billigkeit, eben auch im Hinblick auf die möglicherweise recht unterschiedliche Schwere der beiderseitigen Verfehlungen. Es muß nämlich berücksichtigt werden, daß die Rechte aus § 326 im Hinblick auf ihre Tragweite außerordentliche Behelfe sind: sie bringen den ganzen Vertrag zur Auflösung. Diese Wirkung soll aber nur unter außerordentlichen Umständen eintreten, nämlich wenn ein Festhalten an dem Vertrage wegen gröblichen Verstoßes des einen Teiles für den anderen absolut zwecklos und nicht mehr zumutbar ist. Ebenso gewährt § 325 unter denselben Voraussetzungen die gleichen Rechte nur, wenn die Leistung schuldhaft unmöglich geworden ist.[17]) In erster Linie und grundsätzlich ist nur ein Einzelschadensersatzanspruch gegeben, welcher die Existenz des Vertrages nicht in Frage stellt, ihn vielmehr sonst mit allen seinen Rechten und Pflichten unberührt läßt. Unter

14) RG. 109, 55; JW. 1929 S. 1460 Nr. 5; Soergel § 326 B I S. 502.

15) Staudinger § 325 I 1 c β S. 499; Soergel § 326 H 4 S. 658; Plum, JW. 1929 S. 3005/6 Ziff. 2; RG. 109, 54; Lz. 1927 S. 784.

16) Staub-Koenige § 374 HGB. Anm. 179 S. 1183.

17) Remelé, Recht 1912 S. 571.

diesen Umständen ist es keine Unbilligkeit, wenn beiden vertragsuntreuen Teilen diese einschneidenden Rechte verweigert werden.

Will aber ein Teil diese Rechte dennoch erlangen, weil sein Interesse sie dringend erfordern, dann wird es auch immer in seiner Macht stehen, sich diese zu verschaffen. Er braucht sich nur wieder auf vertragstreuen Standpunkt zu stellen.[18]) Ist dieser Vertragsteil im Verzuge, dann braucht er dem anderen Teile nur den ihm durch den Verzug angerichteten Schaden zu ersetzen und seine eigene Leistung wenigstens anzubieten. Hat er eine positive Vertragsverletzung begangen, so gilt das gleiche. Er muß den Schadensersatzbetrag und seine Leistung wenigstens anbieten. Dieses Anbieten wird nicht dadurch überflüssig gemacht, daß der fragliche Vertragsteil aus irgendeinem Grunde ein Zurückbehaltungsrecht erwirbt. Denn das bloße Entstehen eines Zurückbehaltungsrechtes kann nur den Eintritt einer Vertragsuntreue hindern,[19]) nicht aber wenn solches schon der Fall ist, diese wieder heilen.

Macht aber kein Teil die von ihm angerichteten Schäden wieder gut und bietet er seine Leistung nicht an, so bleibt es bei dem Ausschluß der beiderseitigen Ansprüche.

Vertragsverletzungen sind keinem Teile gestattet, auch nicht, wenn oder weil ein Teil den Vertrag verletzte. Nur zu abwehrenden Maßnahmen ist im Falle der Vertragsverletzung der Vertragstreue berechtigt. Begeht z. B. der Schuldner eine positive Vertragsverletzung, so kann der Gläubiger daraufhin die Erfüllung seiner Leistungspflicht verweigern.[20]) Ebenso kann er die Annahme der noch ausstehenden Leistung des Schuldners solange verweigern, bis dieser die vertragsmäßige Lage wiederhergestellt hat.[21]) Hierin ist noch keine eigene Vertragsuntreue des Gläubigers zu erblicken, welche ihn nach obigen Grundsätzen hindern würde, Rechte gegen den Schuldner geltend zu machen. Zunächst bedeutet diese Weigerung keinen Ver-

---

18) Staub-Koenige § 374 HGB. Anm. 179 S. 1181; RG. 67, 319; 109, 55; JW. 1929 S. 1460 Ziff. 5; Recht 1911 Nr. 2118; DJZ. 1911 S. 817.

19) RG. im Recht 1926 Nr. 413 S. 164; RGRKomm. § 284 n. 5 S. 475.

20) Soergel § 326 H 4 S. 658; RG. 109 S. 55; JW. 1929 S. 1460.

21) Staub-Koenige § 374 HGB. Anm. 179 S. 1182; RG. in EarnRspr. 1917 Nr. 50.

zug. Der Verzugseintritt wird durch die Tatsache gehindert, daß der Gläubiger auf Grund der positiven Vertragsverletzung des Schuldners einen fälligen Anspruch und damit ein Zurückbehaltungsrecht erworben hat. Seine Leistung unterbleibt aus einem Grunde, den er nicht zu vertreten hat. Ferner bedeutet die Erfüllungsverweigerung keine positive Vertragsverletzung. Eine solche könnte sie nur dann sein, wenn der Gläubiger — wie im vorangegangenen Abschnitt festgestellt — ohne rechtlichen Grund ernsthaft und endgültig die Vertragserfüllung überhaupt verweigert und sich damit vom ganzen Vertrage lossagen will. Ein solches Sichlossagen ist aber in einer einfachen Erfüllungsverweigerung nicht zu finden. Allerdings muß der Gläubiger auch bei dieser einfachen und einstweiligen Erfüllungsverweigerung den Grundsatz von Treu und Glauben beachten. Wie es in § 320 Abs. 2 ausgesprochen ist, darf er nicht wegen einer ganz geringfügigen Vertragsverletzung des Schuldners die Leistung zurückhalten. Andernfalls geht dieses Verhalten über den Rahmen einer reinen Verteidigungsmaßnahme hinaus, wird zum Angriff und damit zu einer eigenen positiven Vertragsverletzung. Dann kann auch der Gläubiger kein Recht aus § 326 herleiten, solange er nicht wieder vollständig vertragstreu geworden ist. Ebenso verstößt der Gläubiger gegen Treu und Glauben, wenn er, wenn der Schuldner seine positive Vertragsverletzung wieder gut machen will und kann, auf seiner Erfüllungsverweigerung verharrt.[22]) Hier kann nunmehr nach den näheren Umständen des Falles diese weitere Weigerung zu einer unberechtigten und damit zu einer positiven Vertragsverletzung werden.[23])

Um zusammenzufassen: Die Wissenschaft und die Rechtsprechung des Reichsgerichts vertreten den Grundsatz: Nur der selbst vertragstreue Teil kann gegen den anderen Teil Rechte wegen positiver Vertragsverletzung geltend machen. Dieser Satz war, soweit die Rechte aus § 326 in Frage kommen, nicht zu beanstanden.

Das Reichsgericht hat diesen Standpunkt in seinen Entscheidungen im 109. Bande S. 54 ff. und in JW. 1929 S. 1460/61 teilweise aufgegeben. Beiden Entscheidungen liegt nach dem Tatbestande des in Band 109 S. 54ff. abgedruckten Urteils folgender Sachverhalt zu Grunde. Der

22) Staub-Koenige § 374 Anm. 179 S. 1182.
23) RG. 109, 56.

Kläger hat zum Teil von dem Rechtsvorgänger der Beklagten, zum Teil von der Beklagten selbst das Recht erworben, in verschiedenen Städten Deutschlands, Hollands und Skandinaviens Berlitz-Schulen zu gründen. Beide Parteien werfen sich Vertragsverletzungen vor. Der Kläger behauptet, daß die Beklagte es seit dem Jahre 1908 unterlassen habe, die von ihm geführten Schulen in ihre Listen usw. aufzunehmen und ihm auch in illoyaler Weise den Verkauf seiner Schulen unmöglich gemacht habe. Dadurch will er Schaden erlitten haben, welchen er einklagt. Die Beklagte beschuldigt den Kläger, daß er ihr durch unlautere Propaganda für die Narvosmethode eine seinen Vertragspflichten zuwiderlaufende Konkurrenz mache und hat daraus das Recht zum Rücktritt vom Vertrage hergeleitet. Hierauf hat sie eine Widerklage gestützt und die Feststellung beantragt, daß der Kläger nicht berechtigt sei, in Deutschland, Holland, Schweden und Norwegen Schulen unter dem Namen Berlitz-Shool of languages zu führen.

Das Landgericht und Oberlandesgericht haben der Feststellungswiderklage — wie offenbar auch der Klage — stattgegeben. Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Das Reichsgericht (Band 109 S. 55 ff.) führt aus, das Berufungsgericht habe bei der Annahme, daß die Beklagte wegen vertragswidriger Propaganda des Klägers für die Narvosmethode vom Vertrage zurücktreten konnte, übersehen, daß die Beklagte nach der Behauptung des Klägers selbst vertragsuntreu gewesen sei. Diese Behauptung sei erheblich, denn das Recht zum Rücktritt vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung stehe dem anderen Teile nur dann zu, wenn er selbst den Vertrag getreu erfüllt habe und noch erfülle. — In seinem zweiten Urteile (JW. 1929 S. 560 ff.) auf die Revision der Beklagten führt das Reichsgericht aus: Es sei nicht richtig, wenn die Revision nach dem Grundsatz, daß eine Vertragspartei, die selbst vertragsuntreu sei, wegen der Vertragsverletzungen der anderen vom Vertrage nicht zurücktreten könne, auch den Satz prägen wolle, daß, wer selbst vertragswidrig handelt, auch keine Schadensersatzansprüche wegen der Vertragsverletzungen des anderen Teiles erhalten könne. Denn durch die Tatsache, daß beide Vertragsteile den Vertrag verletzt hätten, würden die Schandesersatzansprüche, die jeder Teil durch die Vertragsverletzung des anderen Teiles gewönne, nicht aufgehalten. Anderenfalls würde dies letzten Endes dahin füh-

ren, daß, wenn beide Parteien den Vertrag nicht erfüllen, überhaupt von keiner Vertragsverletzung gesprochen werden könne.

Diesem nunmehr vom Reichsgericht aufgestellten und von Plum (JW. 29 S. 3005) gebilligten Grundsatz kann in seiner Fassung nicht beigetreten werden. Es muß nämlich unterschieden werden zwischen dem neben dem Erfüllungsanspruch bestehenden Anspruch auf Ersatz des durch die positive Vertragsverletzung entstandenen Schadens und dem an die Stelle des Erfüllungsanspruches tretenden Anspruch auf Schadensersatz hinsichtlich des ganzen Vertrages. Ob nun der Kläger den einen oder den anderen Anspruch erhoben hat, kann auf Grund des mitgeteilten Sachverhaltes nicht zweifelsfrei entschieden werden. Wenn es sich aber um den Anspruch auf Schadensersatz hinsichtlich des ganzen Vertrages handelte, ist die Richtigkeit des aufgestellten Grundsatzes zu bestreiten. Wenn zutreffend das Rücktrittsrecht nicht zugebilligt wird, so muß dies auch für den Anspruch auf Totalschadensersatz gelten. Beide Rechtsfolgen haben ihre Grundlage in § 326, wo sie unter den gleichen Voraussetzungen zur Wahl gestellt sind. Und für die, auch analoge, Anwendung dieses Paragraphen gilt der Grundsatz, daß nur der Vertragstreue die dort bezeichneten Rechte geltend machen kann. Es ist nicht ersichtlich, wieso gerade für den Schadensersatzanspruch eine Ausnahme gemacht werden dürfte. Vielmehr ist festzustellen, daß der hier einschränkend wirkende Grundsatz von Treu und Glauben nur hinsichtlich der Voraussetzungen der Rechtsfolgen in Betracht kommen kann, nicht aber auch insoweit, daß nur die eine oder die andere der etwa zur Wahl gestellten Folgen Anwendung finden kann. Deshalb kann im Falle beiderseitiger positiver Vertragsverletzungen der Grundsatz allein nur insoweit durchgreifen, daß dem selbst vertragsuntreuen Teil überhaupt kein Recht aus § 326 zusteht, nicht etwa nur das Rücktrittsrecht nicht.

Für den Anspruch auf Einzelschadensersatz liegt die Sache anders. Dieser Anspruch entsteht dem einen Teile wegen einer positiven Vertragsverletzung des anderen Teiles ohne weiteres. Dies hindert hier nicht der Grundsatz von Treu und Glauben. Im Falle des § 326 konnte und mußte er durchgreifen, da die dort zur Wahl gestellten Rechtsfolgen den Vertrag entweder auflösen oder vollständig umgestalten und so den gegebenenfalls hauptsächlich Vertragsun-

treuen von jeder Haftung befreien würden.[24]) Bei der Geltendmachung des Einzelschadensersatzanspruches tritt diese Wirkung nicht ein. Der Vertrag bleibt vielmehr mit allen seinen Rechten und Pflichten unberührt, nur erweitern sich die beiderseitigen Verpflichtungen, wenn beide Teile den Vertrag verletzen. Daß aber beide Parteien sich gegenseitig anhalten können, den von ihnen angerichteten Schaden wieder gutzumachen, dürfte Treu und Glauben nicht widersprechen.

Auch rein konstruktiv bietet dieses Ergebnis keine Schwierigkeiten. Bei der Konstruktion des Reichsgerichts mit § 276 liegt es auf der Hand. Auch läßt es sich mit der Rechtsgrundlage des § 286 durchaus vereinigen. Anlaß zu einem Zweifel könnte nur die Tatsache geben, daß es sich bei § 286 um eine Verzugsvorschrift handelt, die zwingend voraussetzt, daß derjenige Teil, der sich auf sie beruft, selbst vollständig vertragstreu sein muß. Für den Fall des Schuldnerverzuges ist dies allerdings notwendige Voraussetzung. Denn der Schuldner kann gar nicht in Verzug kommen, wenn der Gläubiger selbst vertragsuntreu ist, da er mit Rücksicht auf seinen Gegenanspruch ein Zurückbehaltungsrecht hat. Bei einer positiven Vertragsverletzung ist es anders. Begeht der Gläubiger z. B. eine positive Vertragsverletzung, dann hat der Schuldner wohl das Leistungsverweigerungsrecht, nicht aber auch das Recht, eine positive Vertragsverletzung zu begehen. Ein solches „Recht" ist unbezweifelbar im BGB. nicht enthalten. Deshalb ist eigene Vertragstreue nicht Voraussetzung für den Anspruch auf Einzelschadensersatz wegen positiver Vertragsverletzungen. Der Grundsatz, daß nur der selbst Vertragstreue Rechte gegen den anderen — vertragsuntreuen — Teil hat, muß daher in diesem Sinn eingeschränkt werden.

24) Staub-Koenige Anh. zu § 374 Anm. 179 S. 1181/82.

Lebenslauf.

Ich bin am 3. August 1906 als Sohn des Pastors Richard Süßmann und seiner Ehefrau Emma, geb. Lutz in Langenöls, Kreis Nimptsch geboren. Von Ostern 1918 ab besuchte ich das Magdalenen-Gymnasium in Breslau, nachdem ich bis zu diesem Zeitpunkt Privatunterricht bei meinem Vater gehabt hatte. Ostern 1924 bestand ich das Abiturientenexamen unter Befreiung von der mündlichen Prüfung. Hierauf studierte ich an der Universität in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Am 21. März 1928 bestand ich das Referendarexamen. Augenblicklich befinde ich mich zur weiteren Ausbildung am Oberlandesgericht in Breslau. Das mündliche Doktorexamen bestand ich am 15. Juli 1930.

Ich versichere, daß ich die Arbeit ohne fremde Hilfe angefertigt und mich dabei anderer als der von mir angegebenen Schriften nicht bedient habe.

Breslau, den 29. April 1931.

Ernst Süßmann, Referendar.